

LES POUVOIRS
DU
PRÉSIDENT DU TRIBUNAL DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le ^{vendredi} ~~jeudi~~ 6 mars 1931, à 14 heures

PAR

MAURICE ROUX

Président : M. RIPERT, professeur.
Suffragants { MM. WAHL, professeur.
PERCEROU, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

—
1931

LES POUVOIRS
DU
PRÉSIDENT DU TRIBUNAL DE COMMERCE

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.**

LES POUVOIRS
DU
PRÉSIDENT DU TRIBUNAL DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le ^{Vendredi} ~~Jeudi~~ 6 mars 1931, à 14 heures

PAR

MAURICE ROUX

Président : M. RIPERT, professeur.
Suffragants { MM. WAHL, professeur.
PERCEROU, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

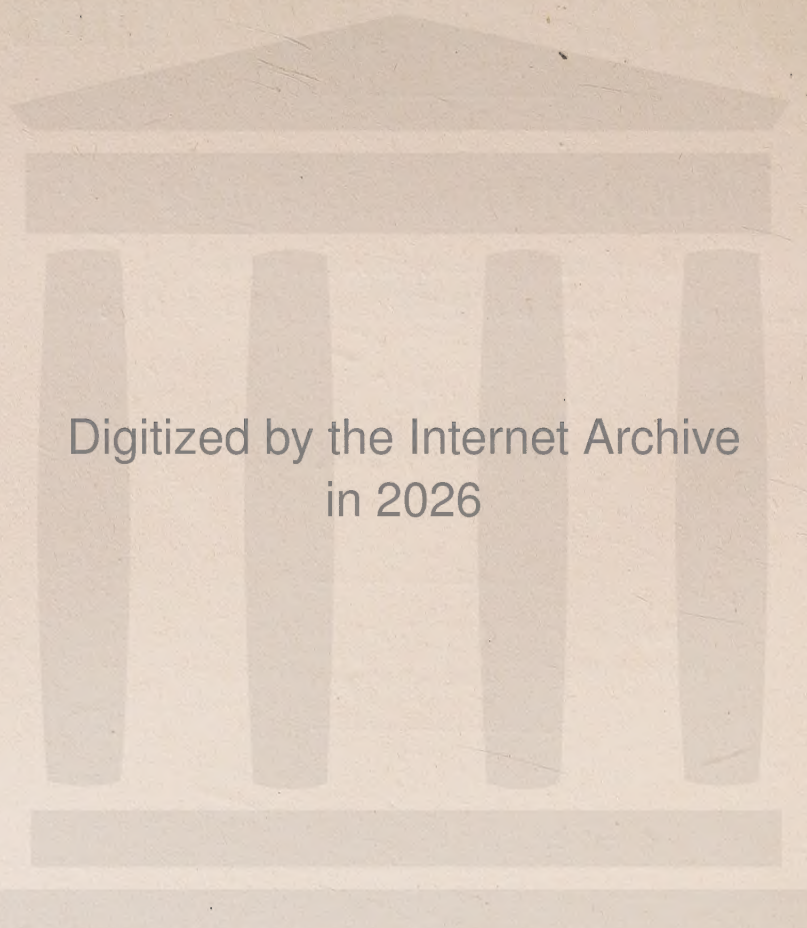
Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON et R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

—
1931



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552803_0035

INTRODUCTION

Les pouvoirs du président du tribunal de commerce sont analogues à ceux du président du tribunal civil.

Moins nombreux, ils ont cependant une aussi grande valeur, car dans les limites de sa compétence, le président du tribunal de commerce jouit des deux attributions principales du président du tribunal civil : la faculté de répondre aux requêtes qui lui sont adressées et celle de juger les référés.

Certes, le domaine de ces droits se trouve considérablement restreint du fait que la juridiction commerciale est une juridiction d'exception dont l'intervention est strictement limitée aux litiges prévus par les textes. Mais ils n'en conservent pas moins la même nature, qu'ils soient exercés par le magistrat consulaire ou par le magistrat civil et c'est la nature du pouvoir qu'il faut considérer pour déterminer sa valeur.

Ces deux attributions du président : juger les requêtes et statuer en référé, constituent l'essentiel de sa juridiction, la partie fondamentale ; elles

seront donc la base de notre étude et nous négligerons délibérément toutes les autres fonctions accessoires du président du tribunal de commerce. A vrai dire, ces dernières n'offrent qu'un intérêt minime, soit qu'elles s'identifient avec un pouvoir analogue exercé par le président du tribunal civil, soit qu'elles constituent de simples formalités qui ne méritent aucune attention particulière. Cependant, on ne saurait les passer complètement sous silence et sans prétendre les mentionner toutes, nous nous contenterons d'énoncer les principales avant d'aborder l'étude des requêtes et du référé.

Placé à la tête d'une compagnie judiciaire, le président du tribunal de commerce jouit en premier lieu de toutes les prérogatives attachées à cette situation : administration intérieure, présidence et police des audiences, surveillance de certains auxiliaires de la justice. Sur tous ces points, son rôle est identique à celui que joue le président du tribunal civil et n'offre aucune particularité.

D'autre part, comme premier magistrat consulaire, il doit présider à l'accomplissement de quelques formalités commerciales auxquelles sa présence confère une certaine solennité. C'est ainsi qu'il reçoit le rapport de mer et qu'il procède à l'enquête sur la réhabilitation d'un failli... Fonctions sans intérêt sur lesquelles il est inutile de s'étendre longuement.

I. ADMINISTRATION INTÉRIEURE (1). — Le président du tribunal de commerce est chargé de l'administration du tribunal qu'il préside :

a) Il règle le service des audiences et des faillites ; il détermine les jours auxquels doivent siéger les différents membres du tribunal soit pour les audiences, soit pour la tenue des assemblées des créanciers en cas de faillite ;

b) C'est lui qui est chargé de convoquer le tribunal pour les assemblées générales et d'établir l'ordre du jour des matières à mettre en délibération à ces assemblées. Il y dirige la discussion et surveille la rédaction du procès-verbal faite par le greffier ;

c) Il désigne et conduit les délégations qui doivent représenter le tribunal dans les réunions publiques ;

d) Il préside à la formation et aux réunions des commissions chargées d'étudier les questions soumises au tribunal ;

e) Enfin, d'une manière générale, le président veille au maintien de l'ordre et de la discipline au sein du tribunal. Le champ est ouvert à son initiative en ces matières de peu d'importance. Toutes les mesures urgentes et d'un caractère purement provisoire peuvent être prises lorsqu'elles sont exigées par les nécessités de l'administration. Mais si un acte est de nature à engager la responsabilité

(1) CAMBERLIN, *Manuel des Tribunaux de commerce.*

du tribunal, le président doit consulter ses collègues et agir suivant la décision prise en commun.

II. PRÉSIDENCE DES AUDIENCES. — En principe, le président assiste à toutes les audiences. Mais en cas d'empêchement il a la possibilité de charger un juge de présider à sa place. Ce juge reçoit une délégation. Il est investi des prérogatives du président à l'audience.

Elles consistent à diriger les débats et à maintenir la police de la même manière que le président du tribunal civil auquel le code de procédure civile accorde un pouvoir discrétionnaire aux articles 89, 90, 91.

Ces articles ne visent que le président du tribunal civil mais les travaux préparatoires permettent de conclure qu'ils régissent les juridictions consulaires. En effet, lors de la discussion des articles 89, 90, 91, la section de législation du tribunalat se réserva le soin d'examiner en temps et lieu comment ils devaient être rendus applicables aux cours d'appel et aux tribunaux de commerce. Mais Locri rapporte que lors de la seconde lecture, la section ajouta ce qui suit à son commentaire :
« La section ne croit pas qu'on ait besoin d'un
« article particulier qui rende leurs dispositions
« (celles des art. 89 et suiv.) communes aux cours
« d'appel et aux tribunaux de commerce. Elles le
« seront de droit... aux tribunaux de commerce,
« attendu que le titre de la procédure devant les tri-

« bureaux de commerce ne contient que des règles
« spéciales et qu'ainsi les règles générales leur sont
« applicables » (1).

Le président du tribunal de commerce a donc des pouvoirs tout à fait analogues à ceux du président du tribunal civil. Comme lui, il est le seul juge de la convenance et de l'opportunité des instructions et des ordres qu'il donne.

III. SURVEILLANCE DU GREFFIER. — Cette surveillance s'exerce d'une manière périodique. Dans les cinq premiers jours de chaque mois, le président doit constater par un procès-verbal l'état matériel et de situation des feuilles d'audience et de toutes autres minutes des jugements et actes reçus et passés dans le greffe de la juridiction (ordonnance 5 nov. 1823, art. 6). Il s'assure spécialement si dans tous les jugements rendus entre parties qui ont été défendues ou dont l'une a été défendue par un tiers, il est fait mention expresse soit de l'autorisation que ce dernier a reçu de la partie présente, soit du pouvoir spécial dont il a été muni (ordonnance du 10 mars 1825, art. 2).

Le président envoie son procès-verbal au procureur général dans les cinq jours qui suivent les constatations.

La surveillance exercée à l'égard du greffier est sanctionnée par le droit d'avertir et par celui de réprimander.

(1) CAMBERLIN, *op. cit.*

IV. RÉCEPTION DU RAPPORT DE MER. — En vertu de l'art. 242 du C. Com., le capitaine d'un navire est tenu, dans les 24 heures de son arrivée, de soumettre son registre au visa et de faire son rapport.

L'art. 243 décide que ce rapport sera fait devant le président du tribunal de commerce. S'il n'y a pas de tribunal au lieu de débarquement du navire, c'est le juge de paix du canton qui reçoit le rapport, et il doit le transmettre sans délai au président du tribunal de commerce le plus voisin.

Légalement, ce rapport doit être lu devant l'autorité compétente : en fait, il est déposé et le président du tribunal de commerce le signe (1).

Toute relâche du navire donne lieu également au dépôt du rapport.

En cas de naufrage, le rapport de mer doit être l'objet d'une vérification. Cette vérification est faite devant le magistrat même qui a reçu le rapport, sur l'interrogatoire de l'équipage et des passagers.

Les faits consignés au registre du bord dans les délibérations prises par le capitaine et les principaux de l'équipage relativement au jet du chargement, à l'abandon du navire et aux mesures prévues pour le salut du navire ou de l'équipage sont affirmés par le capitaine devant le président du tribunal de commerce du premier port où le navire aborde et dans les 24 heures de son arrivée.

(1) G. RIPERT. *Droit maritime*, t. I.

V. ENQUÊTE EN VUE DE LA RÉHABILITATION D'UN FAILLI.

— En vertu de l'art. 606 du C. com., toute demande en réhabilitation doit être adressée au procureur de la république de l'arrondissement dans lequel la faillite a été prononcée, avec les quittances et pièces qui la justifient.

Ce magistrat communique toutes les pièces au président du tribunal de commerce qui a déclaré la faillite en le chargeant de recueillir tous les renseignements qu'il pourra se procurer sur la vérité des faits exposés.

Pendant les deux mois que la demande en réhabilitation reste affichée, le président fait une enquête sur le caractère de la faillite du commerçant qui veut se réhabiliter, sur la sincérité de sa libération intégrale envers tous ses créanciers, sur les oppositions qui ont pu être fournies, sur son honorabilité.

VI. LÉGALISATIONS ET VISAS. — Le président légalise un certain nombre de signatures. Ce sont celles des membres du tribunal, du greffier, des commis-greffiers et des huissiers audienciers. Il légalise aussi celle des agents de change et celle des courtiers d'assurances et de marchandises qui prêtent serment devant le tribunal de commerce.

D'autre part, il cote et paraphe les livres, registres, répertoires des greffiers, huissiers audienciers, agents de change et courtiers.

Enfin, quand un commerçant est obligé de pro-

duire un extrait de ses livres devant un tribunal autre que celui de son domicile, le président du tribunal du domicile certifie cet extrait.

L'examen de ces fonctions accessoires du président du tribunal de commerce montre le peu d'intérêt qu'elles offrent et dispense d'insister davantage.

Bien différents sont le droit de juger les requêtes et celui de statuer en référé.

Là, l'intervention du magistrat va sans cesse grandissant et ces deux procédures ont acquis, de nos jours, par suite du développement des affaires et sous l'impulsion de certains présidents, une importance considérable.

En apparence, il n'est pas toujours facile de faire une distinction très nette entre le juge des requêtes et le juge des référés, et l'on serait parfois tenté d'identifier ces deux juridictions. Mais, en réalité, les ordonnances sur requête et les ordonnances de référé diffèrent sensiblement. L'étude qui va suivre tâchera de mettre en lumière ces dissimilitudes et de délimiter ainsi le domaine respectif des deux fonctions essentielles du président.

Evidemment, une telle étude comporte une référence constante aux règles qui gouvernent les interventions du président du tribunal civil. Il y a des analogies très nombreuses entre les rôles que doivent remplir ces deux magistrats et bien souvent la mission qui est dévolue au juge consulaire n'est qu'une démarcation de celle que doit accom-

plir le juge civil dans sa plénitude de juridiction.

Cependant, il ne faut pas exagérer cette ressemblance et s'il est vrai que la nature du pouvoir attribué au président est identique, qu'il s'agisse d'un magistrat civil ou d'un membre du tribunal de commerce, il n'en reste pas moins vrai que chacun d'eux exerce ses droits dans le domaine qui lui est propre, ce qui donne à l'un et à l'autre une physionomie particulière.

PREMIÈRE PARTIE

LES ORDONNANCES SUR REQUÊTES

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Il n'est pas dans nos intentions d'étudier en détail, sous ce chapitre, les questions générales qui se posent à propos des ordonnances sur requêtes.

Cette matière a fait naître une jurisprudence nombreuse et parfois même contradictoire et elle a suscité parmi les auteurs des divergences d'opinion, et des discussions qui ne sont pas encore terminées. Nous n'avons pas la prétention d'apporter un éclaircissement quelconque, encore moins une doctrine nouvelle. Ce serait en dehors du sujet de cette étude, strictement limitée au président du tribunal de commerce. Mais un exposé d'ensemble de l'état actuel de la question est nécessaire. En effet, presque tous les principes régissant la juridiction civile peuvent être transportés en bloc dans le domaine commercial et avant d'envisager les divers cas où le président du tribunal de commerce

est invité à rendre une ordonnance, il n'est pas inutile de rappeler ces généralités (1).

I. — Nature des ordonnances sur requêtes.

Le problème de la nature des ordonnances sur requêtes a suscité de nombreuses controverses et actuellement il divise encore et la doctrine et la jurisprudence.

Les uns voient dans ces actes une mesure purement gracieuse. « Ils ne jugent rien : ce sont plutôt des actes solennels ou des ordres que donnent les magistrats dans certaines circonstances en l'absence de contradiction ». En effet, le caractère essentiel de la juridiction gracieuse réside dans ce fait qu'elle s'exerce sur des demandes qui ne « paraissent pas devoir soulever de contradiction et rencontrer d'adversaire ».

D'autres auteurs estiment que les ordonnances sont des décisions véritablement contentieuses, intervenant pour régler un différend entre deux personnes. « Ce n'est pas le fait qu'il n'y a pas de contradicteur apparent et actuel, dit M. Mérignhac, l'un des plus ardents défenseurs de cette théorie, ce n'est pas le fait que l'on est autorisé à se présenter seul sans appeler l'adversaire pouvant avoir

(1) Pour cet exposé cf. GARSONNET et CÉZAR-BRU. *Traité théorique et pratique de procédure* ; MÉRIGNHAC et MIQUEL. *Traité des ordonnances sur requête et des référés*.

intérêt à contredire, qui exclut le caractère contentieux de la mesure intervenue. Il suffit qu'il existe simplement un droit opposable, ce qui implique non un contradicteur à l'instance, mais une contradiction probable ou possible, manifestée ou non ».

Cette discussion, qui paraît au premier abord relever de la pure théorie, n'est pourtant pas sans intérêt pratique. En effet, la décision gracieuse diffère de la décision contentieuse à quatre points de vue :

1° L'affaire gracieuse s'introduit par une requête adressée au magistrat alors que, généralement, l'affaire contentieuse débute par une assignation signifiée au défendeur ;

2° La décision gracieuse n'a pas l'autorité de la chose jugée (Deux arrêts de cassation récents l'affirment, « attendu que l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'aux décisions judiciaires rendues en matière contentieuse ») (1). Par conséquent, le juge qui l'a rendue peut la rapporter ultérieurement ;

3° Elle peut être attaquée par la voie de l'action principale en nullité ;

4° Enfin, elle n'est pas susceptible d'être atteinte par les voies de recours proprement dites.

La jurisprudence se prononce pour la théorie qui voit, dans l'ordonnance sur requête, un acte de juridiction gracieuse. Mais elle reconnaît, à cer-

(1) S. 1920. 1. 311 ; S. 1923. 1. 118.

taines décisions, le caractère contentieux. Ce sont celles qui font grief à une partie (Bordeaux, 23 juin 1885), ou celles qui mettent une partie dans l'impossibilité d'exercer un droit conféré par la loi (Paris, 22 juin 1885). Mais elle considère le fait qu'un débat a eu lieu devant le président comme une simple présomption.

Le système de la jurisprudence paraît celui qui se rapproche le plus de la réalité, peut-être parce qu'il apporte des atténuations au principe qu'il pose. En effet, il n'est pas douteux que, si le caractère essentiel de la juridiction gracieuse réside dans l'absence de contradiction, certaines ordonnances sur requêtes doivent être considérées comme émanant de cette juridiction : la nomination d'un arbitre, la nomination d'un expert, par exemple.

En elle-même, la nomination d'un expert ou d'un arbitre ne lèse personne. Evidemment, la décision de l'arbitre et le rapport de l'expert seront défavorables à l'une des parties et par le fait même lui causeront préjudice. Mais ce préjudice n'est pas la conséquence directe de l'ordonnance ; on peut même dire qu'il en est tout à fait indépendant.

Au contraire, des ordonnances comme celles qui autorisent une saisie conservatoire présentent un caractère contentieux indubitable. Elles portent une véritable atteinte aux droits du saisi, qui viendrait s'opposer incontestablement à l'octroi d'une

telle mesure s'il était appelé devant le président auquel le demandeur soumet sa requête. Les ordonnances de cette nature ne sauraient donc être assimilées aux actes émanant de la juridiction gracieuse.

C'est pourquoi certains auteurs ont cherché une définition plus large permettant d'englober les deux catégories d'ordonnances. Ils ont proposé de voir dans cette fonction du président un acte d'administration judiciaire, l'exercice d'une sorte de pouvoir discrétionnaire. Ce sont là d'élégantes formules qu'il est difficile d'analyser et ceux qui les émettent sont assez brefs et ne nous renseignent guère sur le fondement et sur la nature de ce pouvoir. Et, d'ailleurs, ils ne s'entendent plus lorsqu'il s'agit de trancher la question des voies de recours, la seule qui ait quelque importance en cette matière. Les uns disent qu'à ce point de vue il faut suivre les règles de la procédure gracieuse et considérer l'ordonnance comme irréfragable. Les autres, au contraire, estiment que la mesure ordonnée par le président peut être attaquée par quiconque s'en trouve lésé.

Pour notre part, nous préférons nous rallier au système de la jurisprudence qui nous paraît tenir mieux compte des réalités, en déterminant le caractère de l'ordonnance suivant la nature du cas particulier qu'elle doit trancher. Cette méthode a l'avantage d'être plus souple qu'un principe trop rigoureux. Elle permet d'admettre un recours

contre l'ordonnance dans les hypothèses où il semblerait peu équitable de le repousser. Par contre, elle autorise à considérer comme irréfragable la mesure prescrite par le président, lorsque cette mesure exclut la possibilité d'une contradiction.

II. — Voies de recours contre les ordonnances.

De tous les problèmes que posent les ordonnances sur requêtes, c'est, sans aucun doute, le plus important. Les auteurs et la jurisprudence lui ont donné des solutions variées et nous retrouvons ici la même incertitude et les mêmes divergences que sur le sujet précédent. Il n'y a d'ailleurs pas lieu de s'en étonner, car ces deux questions sont en dépendance étroite et, suivant la nature que l'on attribue aux ordonnances sur requêtes, on conclut qu'elles sont susceptibles de recours ou qu'elles doivent être considérées comme inattaquables.

Pour les défenseurs du caractère gracieux, il est évident que les ordonnances « rendues en l'absence
« de la partie contre laquelle elles sont prises et
« et sans qu'elle ait été appelée, ne peuvent être
« l'objet des recours ouverts aux parties contre les
« jugements qui devaient être rendus en leur présence ». Mais, suivant ces auteurs, « il faut regarder les droits des parties lésées comme intacts et leur ouvrir l'accès des juridictions ordi-

naires pour attaquer devant elles comme nuisibles ou non justifiées et faire rapporter par elles les mesures ordonnées par le président ». On n'attaquera pas l'ordonnance, qui est irréfragable, mais les faits qui en sont issus.

Cette conséquence rigoureuse n'a pas satisfait tous les partisans de la théorie du caractère gracieux. Quelques-uns ont préféré sacrifier la logique de leur système à une solution plus équitable, et ils ont adopté le principe de l'admissibilité des voies de recours, imitant sur ce point les partisans du caractère contentieux et la majorité des décisions jurisprudentielles. Ces dernières, ainsi que nous l'avons expliqué dans le paragraphe premier, considèrent que l'ordonnance est susceptible de recours lorsqu'elle présente un caractère contentieux et nous avons vu que, d'une manière générale, les tribunaux adoptaient le principe de discrimination suivant : est contentieuse l'ordonnance qui fait grief à une partie, ou qui la met dans l'impossibilité d'exercer un droit conféré par la loi. On devra donc, en face de chaque situation particulière, dégager la nature de l'ordonnance ; après quoi, on décidera s'il convient d'accueillir ou d'écarter les voies de recours.

A. OPPOSITION. — Une objection capitale peut être opposée à l'introduction de cette voie de recours contre les ordonnances sur requêtes :

C'est le principe de procédure en vertu duquel

l'opposition n'est ouverte qu'aux parties ayant fait défaut, c'est à-dire aux personnes qui ont été appelées au procès et contre lesquelles le jugement a été rendu en leur absence. Or, il est de toute évidence que la partie contre laquelle est dirigée l'ordonnance sur requête n'est pas appelée devant le président. Elle ne doit même pas être appelée, car généralement pour que la mesure prescrite ait quelque efficacité, il faut qu'elle intervienne brusquement et à l'insu de celui à qui elle causera préjudice. On ne peut donc même pas dire, comme ont essayé de le soutenir certains auteurs, qu'à défaut d'opposition on doit accorder la tierce opposition, puisque cette voie de recours est ouverte seulement à celui qui aurait dû être appelé à l'instance et qui ne l'a pas été.

Cependant ces raisons n'ont pas convaincu tous les auteurs, ni les tribunaux. En effet, comme le dit le conseiller de Peyramont : « Par cela même que la loi autorise dans une forme plus que sommaire des mesures d'un caractère aussi acerbe et susceptibles de causer un si grave préjudice, il faut tenir pour certain qu'elle ouvre à la partie dont elle a voulu rendre impossible la défense probable, un recours aussi prompt qu'efficace ».

Tous ceux qui reconnaissent l'existence d'un recours contre l'ordonnance, ouvrent donc l'opposition à la partie qui était absente lors de la présentation de la requête. Suivant la majorité de la doctrine et de la jurisprudence cette voie de recours

sera portée devant le président. Mais comme des arrêts anciens ont soutenu que le tribunal tout entier était seul compétent en cette matière, nous examinerons successivement ces deux formes d'opposition et nous verrons que si la première peut être admise, la seconde est à rejeter sans aucun doute.

a) *Opposition devant le président.* — C'est ici que nous rencontrons la fameuse réserve d'en référer, qui a été imaginée par le président de Belleyrne, dont le nom est inséparable des matières qui font l'objet de notre étude. Frappé des dangers de l'ordonnance sur requête et des conséquences dommageables qu'elle peut engendrer, et, considérant d'autre part, que cette sentence de nature gracieuse échappe aux voies de recours normales et notamment à l'opposition, le président de Belleyrne eut l'idée d'insérer dans ses décisions la formule suivante : « Disons qu'il nous en sera référé en cas de difficulté » ; et il exigeait que la requête contînt l'offre et le consentement d'en référer le cas échéant. Ainsi donc il dissipait les doutes que certains pouvaient avoir sur la validité de l'opposition en imposant sans équivoque une voie de recours analogue.

Evidemment, une telle clause n'a pas été accueillie sans discussion. Les partisans du caractère gracieux de l'ordonnance l'ont vivement combattue comme créant un recours arbitraire et les défenseurs du caractère contentieux l'ont jugée inutile,

car « elle ne fait que réserver ce que la loi accorde déjà soit par l'opposition proprement dite, soit par la tierce opposition devant le président ».

La jurisprudence commença par lui donner toute son efficacité « en décidant qu'en l'absence de cette réserve, l'ordonnance ne pouvait plus revenir devant le président et que ce dernier, totalement dessaisi, ne devait plus intervenir ».

Puis un changement se produisit et la Cour de Cassation proclama que la réserve était inutile « attendu que le recours doit être exercé d'après les règles du droit commun c'est-à-dire en vertu de l'article 474 du Code de procédure civile, par une opposition portée devant le magistrat qui a rendu l'ordonnance au cas où elle a été rendue en l'absence... ou par appel porté devant la Cour, quand cette ordonnance a été contradictoire (1) ».

« Ainsi, le recours est autorisé sans aucune réserve dans l'ordonnance primitive. Mais ce recours consiste dans la voie du référé. Or, ce n'est pas question de mot, mais de fond et le magistrat aura des pouvoirs tout à fait différents quand les parties reviendront devant lui siégeant comme juge des référés. »

En effet, le référé ne peut être introduit que dans les cas d'urgence, c'est un principe absolu. Au contraire, si les requêtes sont présentées au magistrat dans des cas généralement pressants, il

(1) D. P. 1895. 1. 5.

n'en est pas toujours ainsi : l'autorisation de payer une lettre de change perdue, la nomination d'un courtier, la nomination d'un commissaire, dans une société anonyme lorsque cette désignation n'a pas été faite à l'assemblée générale ordinaire, ne sont pas des actes nécessairement urgents. Le président statuant en ces matières accordera la mesure demandée, même s'il n'y a aucun péril en la demeure.

En second lieu, aux termes de l'article 809 du Code de procédure civile, le président qui juge en référé statue par provision et sans préjudice au principal. Il lui est défendu de toucher au fond. Au contraire, toutes les ordonnances sur requête « ont nécessairement le principal que comporte leur nature, et dans certaines, le principal est aussi définitif qu'il puisse l'être ». Permettre d'introduire le référé comme voie de recours contre l'ordonnance sur requête, c'est donc limiter les pouvoirs du magistrat aux mesures provisoires qui ne touchent pas au fond.

Enfin, bien qu'ils soient exercés souvent par le même magistrat, la requête et le référé constituent deux juridictions distinctes l'une de l'autre et, par conséquent, porter l'opposition contre l'ordonnance sur requête devant le juge du référé, c'est aller à l'encontre du principe suivant lequel cette voie de recours n'est admise que devant le magistrat qui a rendu la décision attaquée.

Ces raisons ne sont pas restées sans écho, et

nous pouvons citer un arrêt de la Cour de Besançon (1) qui a décidé, le 15 novembre 1905, qu'il n'est pas possible d'exercer l'opposition par la voie du référé parce que cette procédure ne peut aboutir qu'à des mesures provisoires.

Mais il semble que cet arrêt constitue une exception et il paraît indiscutable que la pratique se prononce actuellement en faveur du retour devant le juge des référés.

b) *Opposition devant le tribunal.* — Cette voie de recours est irrecevable. Tout d'abord, elle viole les règles de la hiérarchie judiciaire en donnant au tribunal une autorité supérieure à celle de son président et en le rendant juge du bien-fondé des actes émanés du magistrat placé à sa tête. Ensuite, elle méconnaît le caractère essentiel de l'opposition qui est d'être portée devant le juge qui a rendu la décision attaquée (2).

La Cour de Cassation s'est ralliée à ces raisons et a repoussé cette forme d'opposition par arrêt du 26 novembre 1867 : « Attendu — dit-elle — que, quelle que soit, en principe, l'étendue du pouvoir confié par la loi au président du tribunal civil, à l'égard des mesures urgentes qui lui sont demandées par voie de requête, aucune disposition n'autorise les parties qui pourraient en souffrir à demander directement à ce tribunal l'annulation

(1) D. P. 1907. 2. 87.

(2) GARSONNET et CÉZAR-BRU, *op. cit.*

des ordonnances ainsi rendues et qu'il serait aussi contraire à la dignité de la justice qu'à l'ordre des juridictions qu'un tribunal pût être rendu juge de la légalité des actes du magistrat qui est placé à sa tête ». (D. 67. 1. 373).

Cette solution doit être étendue au juge consulaire. C'est ce qu'expriment notamment deux arrêts de la Cour d'Aix (1) qui s'accordent pour affirmer que l'opposition contre une ordonnance du président ne peut pas être portée devant le tribunal de commerce.

« En effet, l'opposition est une voie tendant à empêcher l'exécution d'une décision rendue par le juge avant qu'il ait pu entendre la partie opposante et elle a pour objet d'en obtenir de lui la rétractation quand il aura été mieux informé ; cette voie ne peut donc être employée que devant lui-même et non devant un autre juge, à moins que la loi ne s'en soit autrement expliquée par une disposition spéciale ».

L'opposition devant le tribunal devra donc être écartée, sans aucun doute.

B. APPEL. — Sur cette question encore, l'unanimité n'est réalisée ni en doctrine, ni en jurisprudence.

Ceux qui reconnaissent aux ordonnances un caractère gracieux rejettent l'appel qui est admis,

(1) 27 janvier 1871 et 3 mars 1871. D. P. 72. 2. 41 et 128.

au contraire, par les partisans du caractère contentieux.

Quant aux tribunaux, ils admettent la régularité de l'appel s'il s'agit d'une ordonnance sur requête à caractère contentieux (1) ou si le président, ayant entendu les deux parties avant de rendre son ordonnance, cette dernière a été, en réalité, contradictoire (2).

L'appel est interjeté par le requérant à qui le président a refusé d'accorder la mesure sollicitée. Mais il peut émaner aussi de l'adversaire, lorsque ce dernier a été partie à l'ordonnance.

Il est porté devant la cour et il s'introduit par une requête adressée au premier président, sauf lorsque l'adversaire a comparu en première instance. Dans ce cas, en effet, une signification est toujours possible.

C. POURVOI EN CASSATION. — Le pourvoi en cassation n'est recevable qu'à l'encontre d'une décision contre laquelle ont été épuisées toutes les voies de recours permises par la loi. Par conséquent, une ordonnance qui n'aurait pas été attaquée préalablement par l'opposition ou par l'appel ne serait pas susceptible de donner lieu à l'ouverture d'un pourvoi en cassation.

D'ailleurs, il convient de remarquer qu'étant donné les frais et l'intérêt minime du procès, le

(1) D. P. 84. 2. 217 ; D. P. 94. 2. 167 ; S. 1909. 2. 285.

(2) D. P. 85. 1. 5.

pourvoi en cassation n'offrira généralement pas d'avantages.

Cependant, dans tous les cas, le procureur général près la Cour de cassation a le droit de se pourvoir dans l'intérêt de la loi contre une ordonnance entachée d'excès de pouvoir ou de violation de la loi soit au fond, soit en la forme.

III. — Procédure des ordonnances sur requêtes.

L'ordonnance est obtenue sur présentation d'une requête écrite sur papier timbré, contenant les noms, domiciles et qualités des parties et un exposé aussi clair que possible de la demande et des faits qui la motivent. Elle est signée par le requérant qui la présente lui-même au président ou qui, plus généralement, la fait présenter par son mandataire.

La requête est présentée : en dehors d'une instance, au président ou au juge commis pour le remplacer ; au cours d'une instance, au président de la chambre à qui la cause a été distribuée. Le magistrat reçoit la requête au lieu où siège le tribunal ou en sa demeure, s'il y a urgence (1).

Après avoir entendu le demandeur et, au besoin, les explications de son avoué ou de son agréé, après avoir examiné les pièces produites à l'appui de la requête, le président statue. Il peut se pro-

(1) Mention de l'urgence est faite dans la requête.

noncer dans un sens ou dans l'autre, mais il est obligé de se prononcer. S'il refusait de prendre parti, il commettrait un véritable déni de justice qui le rendrait passible de la prise à partie, établie par l'article 506 du Code de proc. civ. contre les juges qui « refusent de répondre les requêtes ». Les auteurs (1) ajoutent qu'il n'y échapperait pas en prétextant que le cas n'est prévu par aucun texte, car l'art. 4 du Code civil prononce la même peine contre les juges qui refusent de juger « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ».

Ce principe étant posé, il faut reconnaître au président la faculté de se prononcer dans le sens qui lui paraît le plus raisonnable et le plus juste. Suivant les cas, il accordera ou refusera purement et simplement la mesure qui lui est demandée ou bien il y fera droit en partie. Il peut aussi insérer dans son ordonnance les conditions et les restrictions qu'il jugera nécessaires. Enfin, suivant l'usage introduit par le président de Belley, il a le droit d'ordonner en statuant qu'il lui en sera référé en cas de difficulté.

MM. Mérignhac et Miquel (2) préconisent un procédé dont ils attribuent l'usage à quelques hommes d'affaires et qui paraît devoir procurer assez d'avantages pour être mentionné :

(1) CÉZAR-BRU et GARSONNET, MÉRIGNHAC.

(2) *Op. cit.*, p. 88, § 65.

« Quelquefois, le président refuse d'accorder
« l'autorisation de lui solliciter, uniquement, parce
« qu'on n'a pas eu la précaution de lui fournir les
« justifications nécessaires. En ce cas, au lieu de
« se pourvoir contre l'ordonnance, ce qui entraî-
« nerait des lenteurs et des frais, mieux vaut pré-
« senter, immédiatement, une seconde requête
« dans laquelle seront produites, si on a pu se les
« procurer, les justifications en question. Le pré-
« sident mieux éclairé pourra alors, sans autres
« complications, accorder l'autorisation demandée
« surtout s'il peut, en même temps, entendre la
« partie opposante. »

Lorsque l'ordonnance est rendue au lieu où siège le tribunal, l'assistance du greffier est prescrite par l'article 1040 du C. de proc. civ. Ce dernier signe l'ordonnance dont il gardera minutes et délivrera expédition. Si l'ordonnance est rendue en l'hôtel du président et si elle est exécutoire sur minute, la présence du greffier et sa signature ne sont pas indispensables; elles n'auraient, d'ailleurs, aucune raison d'être, car dans ce cas, l'ordonnance est généralement rédigée au pied de la requête. Mais il se peut qu'à raison de l'importance du litige et dans l'intérêt des tiers, l'exécution sur minute ne soit pas accordée, et que l'ordonnance doive être déposée et expédiée. Dans cette hypothèse il est évident que la présence du greffier est nécessaire. Mais, suivant les auteurs, le défaut de signature de la part de ce dernier, ne vicierait pas l'ordonnance.

Le président doit motiver son ordonnance pour ne pas être accusé d'avoir agi arbitrairement. Mais sa décision ne sera pas annulée pour défaut de motifs comme pourrait l'être un véritable jugement.

Lorsque le magistrat qui rend l'ordonnance agit pour le président ou pour le vice-président ou le juge le plus ancien légitimement empêché, la constatation de cet empêchement est-elle nécessaire à peine de nullité ? Il ne semble pas, car aucune disposition de la loi ne prescrit cette mention. Cependant, certains auteurs (1) estiment qu'il est plus sage de signaler l'empêchement afin de prévenir toutes contestations ultérieures.

Les ordonnances du président sont exécutoires comme toutes les autres décisions de justice et par les mêmes moyens. En cas d'urgence, elles peuvent être déclarées exécutoires sur la minute. Mais lorsque l'exécution sur la minute n'a pas été autorisée, l'ordonnance doit être préalablement expédiée en forme de grosse, avec la formule exécutoire, et signifiée ainsi que la requête, cette dernière formant avec elle un tout inséparable.

IV. — Domaine des ordonnances.

La loi a énuméré soit dans le Code de commerce, soit dans le Code de procédure civile un

(1) MÉRIGNAC et MIQUEL, *Op. cit.*

certain nombre de cas où le président du tribunal de commerce est appelé à intervenir. Ces cas ne sont pas très nombreux, mais ils méritent une étude particulière que nous leur consacrerons dans les chapitres suivants. Actuellement, il s'agit de savoir si la liste de ces divers cas doit être considérée comme une énumération limitative de la part du législateur ou bien s'il faut y voir seulement certaines applications d'un principe général et si ce principe permet d'étendre, en dehors des textes, la compétence du président du tribunal de commerce.

En ce qui concerne les ordonnances rendues par le président du tribunal civil, on admet que le président a le « devoir de répondre à toutes les « requêtes que les parties lui adressent dans les « hypothèses où une décision immédiate est « nécessaire ». Les auteurs et la jurisprudence sont d'accord sur ce point.

Cet usage illimité des ordonnances sur requêtes, est d'ailleurs consacré par un texte, l'article 54 du décret du 30 mars 1808, qui porte que « toute requête à fin d'arrêt ou de revendication de meubles ou de marchandises ou autres mesures d'urgence... seront présentées au président du tribunal qui les résoudra par son ordonnance ».

La compétence du président du tribunal civil en dehors des cas prévus par la loi n'est donc pas douteuse.

En est-il de même pour le président du tribunal de commerce ?

Nous ne le pensons pas.

En effet, si les tribunaux civils forment la juridiction de droit commun et connaissent toutes les matières qui ne sont pas détachées de leur domaine par une disposition du législateur, au contraire les tribunaux de commerce constituent une juridiction d'exception et leur compétences s'étend seulement aux contestations qui leur sont soumises en vertu d'un texte formel (1). C'est un point de droit universellement reconnu, que nul auteur ne songerait à mettre en doute, et qui s'applique aussi bien au tribunal de commerce qu'à son président. Il n'y aurait, en effet, aucune raison valable d'accorder à ce dernier un régime de faveur. Sa connaissance professionnelle des affaires lui assure évidemment une supériorité sur son collègue du tribunal civil, mais elle ne saurait mettre en échec un principe de droit qui sert de base à l'organisation de la justice consulaire. De plus, autant que l'on peut attribuer d'importance à un argument de texte, une interprétation restrictive des pouvoirs du président du tribunal de commerce est imposé par les termes mêmes de l'article 5 du décret du 30 mars 1808, le seul texte qui régit la matière. Cet article, qui considère le président du tribunal civil comme le juge de droit commun pour statuer sur les requêtes, parle (en délimitant ses attributions)

(1) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. I.

tions) « d'arrêt ou de revendication de *marchandises* ». Or, ce terme de « marchandises » est généralement employé, en langage juridique comme en langage courant, pour désigner les biens faisant l'objet des tractations commerciales. Il faut donc en conclure qu'en l'absence de texte contraire, la compétence du président du tribunal civil en tant que juge des requêtes, s'étend aux affaires commerciales. Et le président du tribunal de commerce ne pourra rendre ses ordonnances que dans les cas où le législateur a prescrit son intervention.

Cette doctrine est confirmée par un jugement du tribunal civil du Havre du 12 février 1915 (1) qui s'appuie lui-même sur un arrêt de la cour de Rouen du 3 décembre 1867 (2).

Le Conseil d'administration d'une société anonyme ayant été démembré par suite de la guerre, un seul de ses membres était en état de s'occuper des affaires sociales. Le Conseil ne pouvait donc pas se réunir pour gérer la société et l'administrateur disponible refusait de convoquer l'assemblée qui aurait pu procéder à la nomination de nouveaux administrateurs. Dans ces conditions, un certain nombre d'actionnaires ont adressé au président du tribunal civil du Havre une requête afin que l'un d'eux fut désigné pour convoquer l'assemblée de la société en vue de compléter le conseil d'administration.

(1) S. 1917. 2. 26.

(2) S. 1868. 2. 226.

Faisant droit à cette demande, le président du tribunal civil du Havre déclare dans son ordonnance qu' « il n'est pas possible de demander l'autorisation du président du tribunal de commerce » qui n'a *aucun pouvoir propre en dehors* des textes qui lui accordent certaines attributions »..., « au contraire, le président du tribunal civil peut et doit se déclarer compétent pour toutes les décisions qui n'ont pas le caractère contentieux » et qui, par suite, ne sauraient préjudicier aux droits d'aucun justiciable ».

En effet, « le président du tribunal civil participe comme président, de la plénitude de la juridiction qui appartient au tribunal civil et, ce dernier étant chargé de statuer au contentieux sur toutes les difficultés pour lesquelles la loi ne reconnaît pas la compétence d'un autre tribunal, le président du tribunal en matière gracieuse peut être considéré comme étant également le juge du droit commun... Il n'y a pas de tribunaux créés pour répondre aux requêtes en matière commerciale, puisque les tribunaux de commerce et leurs présidents sont également incompétents en cette matière; donc, sur les questions gracieuses en matière commerciale, le président du tribunal civil est seul compétent, parce qu'il l'est en matière civile et que la loi n'a pas posé de règles spéciales en matière commerciale (1) ».

(1) Note WAHL, S. 1917. 2. 25.

CHAPITRE II

PERMISSION D'ASSIGNER A BREF DÉLAI

En matière civile, le délai donné au défendeur pour comparaître est de huitaine, à partir de la signification de l'exploit d'ajournement, pour les parties qui sont domiciliées dans le département où siège le tribunal compétent ou dans les départements limitrophes, et, de 15 jours pour celles qui sont domiciliées dans les autres parties de la France continentale.

En matière commerciale, eu égard à la rapidité nécessaire aux affaires, le délai est réduit à trois jours quand le défendeur est domicilié dans le ressort du siège du tribunal de commerce saisi ; il est de huit jours pour ceux qui sont domiciliés dans le département ou dans les départements limitrophes et de quinze jours pour ceux qui sont domiciliés dans les autres parties de la France continentale. Mais, dans les cas urgents, ces délais peuvent être réduits, en vertu de l'art. 417 du Code de pr. civ. qui s'exprime ainsi : « Dans les cas qui requerront célérité, le président du tribunal pourra permettre d'assigner, même de jour à jour et d'heure à heure ».

Le président pourra donc autoriser une assignation pour le lendemain, supprimant ainsi la franchise du délai, ou même une assignation pour la même journée, le matin pour le soir.

Antérieurement à la loi du 13 mai 1922, qui a modifié les art. 72, 73, 1037 du Code de procédure, les textes étaient rédigés de telle façon que l'on distinguait deux catégories de délais : les uns devaient permettre à l'intéressé de préparer sa défense : on les appelait délais de comparution ; les autres lui donnaient le temps d'arriver au lieu où siégeait le tribunal devant lequel il était assigné et ils portaient le nom de délais de distance. On se demandait si ces délais de distance pouvaient être réduits en vertu d'une ordonnance présidentielle.

Les auteurs ne s'accordaient pas sur la réponse qu'il fallait donner à cette question. Aussi, plusieurs systèmes étaient-ils proposés :

1° D'après certains (Rodière, Chauveau, Glisson), le président avait toujours le droit de supprimer les délais de distance en cas d'urgence, aussi bien en matière civile qu'en matière commerciale. Suivant les uns, le permis d'assigner à bref délai entraînait, *ipso facto*, suppression des délais de distance, même si l'ordonnance ne contenait pas une mention expresse à ce sujet. Pour les autres, cette abréviation résultait seulement d'une disposition formelle du président.

2° D'autres (Nouguier, Dutruc) ne reconnaissaient pas au président du tribunal civil le droit de

supprimer les délais de distance, mais ils accordaient cette faculté au président du tribunal de commerce. Et pour fonder une distinction aussi arbitraire, les auteurs partisans de ce système invoquaient l'art. 417 du Code de pr. civ. qui prévoit expressément qu'en matière commerciale l'assignation peut être donnée de jour à jour et même d'heure à heure.

Ces auteurs semblaient oublier que l'art. 72 formulait en termes différents une règle analogue pour le président du tribunal civil et que rien dans la rédaction de ce texte ne permettait de conclure qu'il fit une situation défavorable à ce magistrat.

3° Quelques auteurs (Bioche, Pardessus) tenaient pour valable l'assignation donnée en matière commerciale, en vertu de l'autorisation du président, sans observation des délais de distance, à condition que l'exploit ait été signifié à personne; il y aurait eu nullité si, en pareil cas, la signification avait été faite seulement à domicile.

4° Enfin, un certain nombre de juristes (Lyon-Caen, Garsonnet) admettaient purement et simplement le système de la jurisprudence. Celle-ci, à de très rares exceptions, se prononçait dans le sens qui consistait à refuser au président le droit d'abrégé les délais de distance, aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile.

« Aux termes de la jurisprudence, le pouvoir
« accordé au président dans les cas qui requièrent
« célérité d'abrégé les délais de l'assignation,

« s'applique seulement au délai ordinaire de comparution et ne s'étend pas aux délais réglés à raison des distances ; si l'on comprend que, dans les cas d'urgence reconnus, on puisse abréger le délai accordé par l'art. 72 au défendeur pour examiner sa cause et préparer sa défense, on ne saurait, en aucun cas, priver ce dernier de l'augmentation de délai qui lui est accordé pour franchir la distance qui le sépare du lieu où il doit comparaître ; cette règle est générale et s'applique aussi bien aux matières commerciales qu'aux matières civiles » (C. d'Aix, 15 mai 1908).

La loi du 13 mars 1922 a mis fin à cette controverse en supprimant la distinction entre les délais de comparution et les délais de distance, par la fusion de ces deux catégories en une seule. Désormais, au lieu d'un délai d'un jour franc augmenté d'un délai proportionnel au nombre de myriamètres qui séparent le domicile de l'intéressé du siège du tribunal — mode de calcul antique et universellement critiqué — le défendeur jouit d'un délai fixe, suivant qu'il habite dans le ressort du tribunal, dans le département et les départements limitrophes et dans le reste du territoire français. Ces nouveaux délais, qui sont respectivement de 3, 8 et 15 jours, englobent l'ancien délai de comparution et l'ancien délai de distance et sont réducibles en cas d'urgence.

Ce dernier point n'est pas douteux, car l'arti-

cle (416) qui établit les nouveaux délais est suivi immédiatement de l'article (417) qui accorde au président le droit de permettre une assignation à bref délai et dont les termes sont trop généraux pour comporter une réserve.

Il y a, par contre, quelque hésitation en ce qui concerne les délais dont jouissent les parties qui habitent au delà des frontières et qui sont régis par l'art. 73 C. pr. civ. On s'est demandé si ces délais ne devaient pas être regardés comme intangibles, même en cas d'urgence. M. Loiseau-Rousseau l'affirme dans son *Guide des Délais* « Aucun texte — écrit-il — ne permet d'être dispensé de les observer ». Nous ne partageons pas cette opinion. L'art. 416 qui détermine les délais d'ajournement en matière commerciale dit que l'art. 73 devra être appliqué si les parties demeurent hors la France continentale. Par conséquent, on doit traiter les délais de l'art. 73 de la même façon que les délais énumérés à l'art. 416 et les considérer comme réductibles. La solution opposée ne se comprendrait pas depuis que la distinction entre les délais de comparution et les délais de distance a été supprimée. Ni les textes, ni la logique ne permettent de la soutenir.

Le président peut ordonner une assignation à bref délai dans tous les cas urgents qui relèvent de la compétence du tribunal de commerce. La loi ne prévoit que deux hypothèses où cette autorisation présidentielle est inutile. Dans les affaires

maritimes, l'assignation de jour à jour ou d'heure à heure pourra être donnée sans ordonnance :

1° lorsqu'il y a des parties non domiciliées ;

2° lorsqu'il s'agit, d'agrès, victuailles, équipages, radoubs de vaisseaux prêts à mettre à la voile ou d'autres matières urgentes et provisoires (art. 418).

Quant au fait de savoir à quelles audiences l'intéressé sera convoqué, il doit être admis que le président peut autoriser à assigner pour une audience extraordinaire ou pour un jour férié, autrement le droit d'assigner de jour à jour et d'heure à heure serait souvent illusoire, spécialement quand le tribunal ne tient qu'une audience par semaine.

Est-ce que l'assignation à bref délai doit être donnée par un huissier commis ? Cela ne serait pas inutile, car il faut qu'une assignation qui accorde si peu de temps pour comparaître ne s'égare pas en chemin, et l'art. 808 porte que l'assignation à bref délai en matière de référé sera donnée par un huissier commis ; mais l'art. 417 ne reproduit pas cette disposition et, par conséquent, l'assignation à bref délai est valablement signifiée par l'huissier que le demandeur a choisi (1).

Le président a-t-il un pouvoir discrétionnaire ? Appréciera-t-il souverainement l'urgence ? Ou bien son ordonnance peut-elle être attaquée par les voies de recours ordinaires ?

(1) GARSONNET et CÉZAR-BRU, *Op. cit.*

C'est une question commune au permis d'assigner à bref délai et à l'autorisation d'exercer une saisie conservatoire ; nous l'envisagerons en étudiant ce dernier sujet.

Quoi qu'il en soit, le président jouit d'un pouvoir très étendu. Aussi doit-il en user modérément et avec prudence, car, ainsi que l'affirme un arrêt de la Cour de Rouen en date du 5 juillet 1886, « s'il était possible d'assigner de jour à jour ou d'heure à heure soit le français domicilié à une autre extrémité de la France, soit l'étranger habitant au delà des mers, les art. 417 et 418 du C. pr. civ. seraient un piège perpétuel tendu à la bonne foi du défendeur ».

CHAPITRE III

AUTORISATION D'EXERCER UNE SAISIE CONSERVATOIRE

« Dans les cas qui requièrent célérité, le président du tribunal pourra permettre... de saisir
« les effets mobiliers; il pourra, suivant le cas,
« assujettir le demandeur à donner caution ou à
« justifier de solvabilité suffisante. Ces ordonnances
« seront exécutoires nonobstant opposition ou
« appel (1)... Le porteur d'une lettre de change
« peut, en obtenant la permission du juge, saisir
« conservatoirement les effets mobiliers des
« tireurs, accepteurs ou endosseurs » (2).

Ces dispositions que nous avons extraites l'une de l'article 417 du Code de procédure civile et l'autre de l'article 172 du Code de commerce prévoient toutes les deux l'exercice d'une mesure de protection très ancienne, la saisie conservatoire, instituée au profit de certains créanciers (3), et s'appliquant de nos jours à toutes les créances commerciales.

Nous n'avons pas l'intention d'étudier en détail cette procédure de saisie, car une telle étude serait

(1) Article 417, Code de procédure civile.

(2) Article 172, Code de commerce.

(3) GARSONNET et CÉZAR-BRU, *op. cit.*, t. II.

en dehors de notre sujet. Nous nous bornerons à rechercher quel est le rôle du président du tribunal de commerce et nous tâcherons de déterminer ses attributions. A cet effet, nous nous demanderons successivement :

1° Quel est le juge compétent ?

2° A quelles conditions et dans quels cas il accordera la saisie conservatoire ?

3° Quels sont les biens dont il peut autoriser la saisie ?

4° Enfin, quelles sont les limites de ses pouvoirs ?

Nous aurons, ainsi, envisagé tous les points qui permettront de caractériser l'intervention du président du tribunal de commerce en matière de saisie conservatoire.

I. — Quel est le juge compétent ?

L'article 417 du Code de procédure civile attribue compétence au président et si l'article 172 du Code de commerce s'explique d'une manière plus imprécise et ne parle que de la permission du juge, ces termes doivent s'entendre du président ou du juge qui le remplace, parce que, d'une part, l'article 172 n'est qu'une application du principe général contenu dans l'article 417, et parce que, d'autre part, c'est le sens qui est toujours donné à ces mots dans des cas analogues.

La question fut très controversée de savoir si la

permission de saisir doit être demandée au président du tribunal civil ou à celui du tribunal de commerce.

On a longtemps prétendu que le président du tribunal civil était seul compétent, sous prétexte qu'il s'agissait d'une saisie, c'est-à-dire d'une procédure civile (1). Mais cette doctrine paraît, aujourd'hui, abandonnée par les auteurs qui s'accordent pour donner compétence au président du tribunal de commerce. En effet, l'article 417 du Code de procédure civile « investit le même magistrat du droit d'abrégier les délais de comparution et de celui de permettre la saisie. Or, pour l'abréviation des délais, la compétence du tribunal de commerce n'est pas douteuse. C'est donc par erreur que le pouvoir de permettre la saisie conservatoire a été parfois reconnu au président du tribunal civil » (2). D'autre part, la saisie conservatoire n'est qu'une mesure de prudence et non pas une voie d'exécution (3) ; on ne saurait donc invoquer ce prétexte pour demander l'autorisation au président du tribunal civil.

La jurisprudence paraît unanime. Les cours d'appel statuent dans le sens adopté par les auteurs ; trois arrêts de la Cour de Paris l'affirment expressément (4). Suivant leurs propres expressions, soit

(1) GLASSON, Note au D. P. 1887. 2. 17.

(2) LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. I, n° 418 c.

(3) GARSONNET et CÉZAR-BRU, *op. cit.*, t. II.

(4) 30 juillet, 17 août, 27 décembre 1875. D. P. 1875. 2. 40 ;

que l'on invoque les termes de l'article 172 du Code de commerce, soit que l'on applique l'article 417 du Code de procédure civile, le président du tribunal civil ou le juge qui le remplace est incompetent pour accorder l'autorisation requise, acte de juridiction qui rentre exclusivement dans les attributions du magistrat consulaire. L'un de ces arrêts (1) ajoute que le principe de la plénitude de juridiction dévolue au président du tribunal civil ne peut trouver son application en présence des dispositions de l'article précité. La même théorie est contenue implicitement dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 16 juin 1920 (2) qui suppose admise la validité d'une saisie conservatoire ordonnée par le président du tribunal de commerce.

Cependant, malgré une jurisprudence aussi solidement établie, le président du tribunal de commerce de la Seine refuse la permission de saisir

dans le même sens : Cour de Caen, 15 mars 1885, D. P. 1886. 1. 68.

(1) 27 décembre 1875.

Un arrêt de la Cour de Paris du 24 juin 1872 (D. 1875. 2. 151) semble admettre que le président du tribunal civil peut, comme le président du tribunal de commerce, accorder l'autorisation de pratiquer une saisie conservatoire.

Le président de Belleyne est du même avis. Il invoque en faveur de la compétence du président du tribunal civil « l'usage constant et très ancien » (Note anonyme D. P. 1875. 2. 151).

(2) D. P. 1922. 1. 110.

Cet arrêt, ne fait, d'ailleurs, aucune allusion à l'incompétence du président du tribunal civil en matière de saisie conservatoire.

conservatoirement les meubles du défendeur et l'on se pourvoit à cet effet devant le président du tribunal de première instance (1).

Quel est le président du tribunal de commerce qui pourra se déclarer compétent ?

C'est d'abord, sans aucun doute, le président du tribunal dans le ressort duquel se trouvent les objets saisis, alors même que le défendeur serait domicilié dans le ressort d'un autre tribunal (2). Mais cette compétence est-elle exclusive de tout autre ? Garsonnet et Tissier ne le pensent pas, puisqu'ils enseignent que l'autorisation peut être valablement donnée par le président de l'un des trois tribunaux compétents d'après l'article 420 du Code de procédure, pour connaître de l'affaire. Un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation rendu le 20 juin 1919 (3) adopte leur théorie en décidant que « si le président du tribunal dans
« le ressort duquel se trouvent les objets dont on
« demande la saisie conservatoire peut l'ordonner,
« même au cas où ce tribunal ne serait pas lui-
« même appelé à connaître le litige à l'occasion
« duquel la mesure conservatoire est sollicitée,
« cette compétence n'est pas exclusive de celle du
« président du tribunal qui doit connaître de
« la poursuite principale ; cela résulte des ter-

(1) GARSONNET et CÉZAR-BRU, *op. cit.*, t. II, p. 656.

(2) GARSONNET et CÉZAR-BRU, *op. cit.*, t. II, n° 378, note 1. S. 1846. 2. 83.

(3) S. 1920. 1. 373.

« mes mêmes de l'article 417 du Code de procé-
« dure qui prévoit, à la fois, en cas d'urgence, une
« abréviation des délais d'assignation pour le prin-
« cipal et des mesures conservatoires du droit pré-
« tendu. »

D'autre part, suivant le président de Belleyme,
« le président du tribunal peut ordonner la saisie
« conservatoire des marchandises et objets mobi-
« liers situés non seulement dans le ressort de sa
« juridiction, mais encore dans d'autres arrondis-
« sements si le débiteur a des magasins dans dif-
« férentes villes, la loi ne le défend pas et les
« ordonnances de justice s'exécutent dans toute la
« France. »

Enfin, il convient d'admettre que si les parties ont désigné un tribunal de commerce pour régler leurs différends éventuels, le président de ce tribunal est compétent pour autoriser une saisie conservatoire, alors même que ce tribunal serait autre que celui de la saisie. C'est ce qu'a décidé un arrêt rendu par la Chambre des requêtes de la Cour de cassation le 30 avril 1912 (1).

La lecture des articles 417 du Code de procédure civile et 172 du Code de commerce ne laissent aucun doute sur la nécessité d'obtenir une autorisation du juge pour exercer une saisie conservatoire. Néanmoins Garsonnet et Cézar-Bru signalent (2)

(1) D. P. 1914. 1. 308.

(2) *Op. cit.*, t. II, n° 377, note 7.

un arrêt très ancien de la Cour de cassation (11 mars 1806) d'après lequel un créancier peut saisir sans autorisation du juge à raison de l'absence et de la détresse du débiteur. Mais comme l'indiquent ces auteurs, « une telle décision est manifestement contraire à l'article 417 et ne saurait être approuvée ».

II. — A quelles conditions le président du tribunal de commerce subordonnera-t-il l'octroi de son ordonnance ?

a) D'abord le président n'accordera le droit d'exercer la saisie que s'il y a urgence « en cas d'absolue nécessité, si le détournement des meubles est imminent et que le demandeur ait un intérêt sérieux à l'empêcher » (1).

L'urgence est un élément indéfinissable, variant avec chaque situation particulière; aussi est-il abandonné à l'appréciation souveraine des juges du fait.

Cette première condition essentielle — et au point que si elle faisait défaut le président refuserait la mesure sollicitée — est commune à l'article 417 et à l'article 172.

b) Il n'en est pas de même de la deuxième, l'obligation de fournir caution imposée au saisissant, qui ne s'applique pas dans l'hypothèse prévue

(1) GARSONNET et CÉZAR-BRU, *op. cit.*, t. II, n° 377.

par l'article 172 du Code de commerce, et qui est purement facultative pour le magistrat dans le cas de l'article 417. En effet, lorsque la saisie conservatoire est accordée en vertu de ce dernier texte, le président peut soit exiger que le demandeur justifie de sa solvabilité, soit lui ordonner de fournir caution. Cette mesure de prudence est prise en vue d'une condamnation éventuelle à des dommages et intérêts, si la demande principale et, par le fait même, la saisie conservatoire sont déclarées mal fondées. Le magistrat jouit d'une entière liberté d'appréciation et si la justification de solvabilité ne lui paraît pas suffisante, il est toujours maître d'exiger la caution.

Suivant les auteurs (1) le requérant prouvera sa solvabilité par le dernier inventaire ou par la notoriété publique : il établira, par exemple, que son papier se négocie dans des conditions avantageuses, que sa signature n'a jamais été protestée...

S'il est obligé de fournir caution, cette caution devra présenter elle-même une solvabilité notoire et son engagement sera consigné dans la requête sur laquelle elle apposera sa signature.

c) Enfin, une troisième et dernière condition est la vraisemblance de la créance en vertu de laquelle le demandeur s'adresse au magistrat.

Un arrêt de la Chambre civile de la Cour de

(1) GARSONNET et CÉZAR-BRU, *op. cit.*, t. II, n° 377, notes 16 et 17.

cassation, rendu le 9 mars 1880 (1) avait posé en règle que la saisie conservatoire, pratiquée en vertu de l'article 417 du Code de procédure civile, ne nécessitait pas l'exhibition d'un titre.

La Cour de Paris a dégagé les conséquences normales de ce principe dans un arrêt du 7 février 1927 (2) où elle affirme que : « l'autorisation de
« saisie conservatoire n'est pas subordonnée à la
« certitude de la créance que le demandeur entend
« faire constater par son action intentée à très
« bref délai, mais que la seule vraisemblance de
« l'existence de cette créance suffit pour justifier
« la mesure de l'article 417. »

Cette solution est conforme à l'origine historique de la saisie conservatoire qui a pris naissance dans les villes d'arrêt « dont les bourgeois avaient le
« privilège de saisir pour dettes non reconnues,
« les meubles des débiteurs forains trouvés dans
« l'enceinte de la ville » (3).

De plus, elle doit nécessairement être admise afin que la saisie conservatoire présente quelque utilité. En effet, si le demandeur était obligé d'établir la certitude de sa créance, une telle exigence retarderait sans aucun doute l'octroi de la mesure demandée et les débiteurs auraient toutes facilités pour soustraire leurs meubles à l'action du créancier. Ce serait manifestement contraire aux inten-

(1) D. P. 80. 1. 203.

(2) D. H. 1927, p. 277.

(3) GARSONNET et CÉZAR-BRU, *op. cit.*, t. II, n° 307.

tions du législateur qui a prévu cette forme de saisie pour les cas « qui requerront célérité » suivant l'expression même du Code.

III. — Sur quels biens le président peut-il autoriser la saisie conservatoire ?

L'article 417 dit sur les « effets mobiliers ». Cette expression doit être entendue dans un sens très large et comprendre d'abord tous les meubles corporels. On devra donc étendre l'application de cet article, non seulement aux meubles meublants proprement dits, à l'outillage et aux marchandises, mais encore aux navires et aux aéronefs.

Si, sur ce point, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord, il n'en est pas de même sur la possibilité de classer aussi les créances, dans cette expression : effets mobiliers.

On s'est demandé, en effet si l'article 417 donnait au président le pouvoir d'autoriser une saisie-arrêt sur les sommes dues au débiteur d'une créance commerciale. La question a été vivement discutée et des auteurs dont le nom fait autorité en procédure et en droit commercial (1) ont écarté cette extension de l'article 417. A leur avis, ce serait forcer les textes que de reconnaître au juge la faculté d'ordonner une saisie-arrêt, ce serait aussi violer

(1) GLASSON. Note au D. P., *op. cit.* ; LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. I.

les règles générales de la compétence des tribunaux de commerce car « à la différence de la saisie des meubles corporels, la saisie-arrêt est le principe d'une instance en validité qui relève exclusivement de la compétence civile, la créance du saisissant fut-elle commerciale ; elle échappe ainsi à la compétence du tribunal de commerce et à plus forte raison à celle de son président ».

Ces arguments ne sont pas restés sans réplique. Contre le premier, il est facile de signaler que l'article 447 ne fait aucune distinction entre les diverses sortes de meubles, corporels ou incorporels, puisqu'il parle d'une manière générale d'effets mobiliers.

Le deuxième argument est plus sérieux que le premier. Mais il a été magistralement repoussé par Garsonnet et Cézar-Bru (1) qui lui opposent une réponse que nous nous permettons de reproduire. « Cet argument, écrivent Garsonnet et Cézar-Bru, tire d'une « idée juste une con-
« séquence fausse, car, si la demande en vali-
« dité est nécessairement portée au tribunal de
« première instance, il n'en résulte aucunement
« que la saisie, qui est le point de départ de cette
« instance, n'ait pu être autorisée que par le pré-
« sident de ce tribunal ; la preuve en est que le pré-
« sident du tribunal de commerce permet la saisie
« conservatoire des meubles corporels, et que les

(1) *Op. cit.*, t. II, n° 379.

« difficultés relatives à l'exécution de cette saisie
« n'en sont pas moins soumises au tribunal de
« première instance. La saisie-arrêts s'exécute, dans
« l'espèce, en vertu de textes qui permettent sans
« distinguer, de saisir « les effets mobiliers » avec
« autorisation du président ; or, si le président du
« tribunal de commerce peut, en vertu de ces arti-
« cles, autoriser la saisie des meubles corporels,
« on ne saurait lui refuser ce pouvoir quant aux
« créances, sans introduire dans la loi une distinc-
« tion qui n'y est pas. S'il a le droit de permettre à
« un créancier sans titre une saisie ordinairement
« réservée aux créanciers qui en ont un, comment
« ne pourrait-il pas autoriser une autre saisie qui
« de droit commun, se fait sans titre avec la seule
« autorisation de justice ? Le président du tribu-
« nal de commerce aura donc qualité pour permet-
« tre au demandeur de faire saisie-arrêt aux mains
« des débiteurs de son adversaire, sauf à porter
« ensuite sa demande en validité devant le tribu-
« nal de première instance, seul compétent pour
« en connaître. »

IV. — Limites des pouvoirs du président (1).

La question des voies de recours contre les ordonnances autorisant une saisie conservatoire

(1) Tout ce qui est dit dans ce paragraphe au sujet de l'ordonnance autorisant une saisie conservatoire s'applique à l'ordonnance permettant d'assigner à bref délai. C'est en effet le même

est celle qui a donné lieu aux plus vives controverses. Un texte formel existe sur cette matière. C'est l'article 417 qui déclare que les « ordonnances du président seront exécutoires nonobstant opposition ou appel ». Il semblerait donc, au premier abord, que le législateur se fût exprimé sans équivoque et que personne ne dût mettre en doute ses intentions. Tout au contraire, ce texte est un objet de discussion inépuisable, qui divise la doctrine en deux partis.

En effet, certains auteurs (Lyon-Caen et Renault, Glasson) ont affirmé que le membre de phrase de l'article 417, relatif aux voies de recours, n'est que le résultat d'une erreur législative, qu'il est contraire aux principes généraux des ordonnances sur requête et qu'il faut en somme le considérer comme lettre morte.

« Il est douteux — écrivent Lyon-Caen et Renault — que l'opposition et l'appel soient ainsi recevables contre les ordonnances sur requêtes rendues par application de l'article 417 du Code de procédure civile. Il y aurait là une dérogation bien extraordinaire au droit commun. Nulle part le législateur n'a dit d'une façon directe que l'opposition et l'appel sont recevables. Il s'est borné à indiquer que malgré la formation d'un de ces recours, l'ordonnance peut être exécutée par provision. Cela

article (417, C. proc. civ.) qui régit ces deux interventions du président du tribunal de commerce.

fait peut être allusion soit à une opposition, soit à un appel sans fondement. Il est possible aussi que le législateur ait fait allusion à ces voies de recours en se méprenant sur le caractère véritable des ordonnances sur requêtes (1) ».

Cette théorie nous paraît extrêmement audacieuse parce qu'elle sollicite les textes sans ménagement, en invoquant des principes généraux auxquels le législateur n'a jamais fait allusion et sur lesquels doctrine et jurisprudence n'ont pas encore fini de discuter.

Nous croyons au contraire que dire d'une ordonnance, ou plus généralement, d'une décision quelconque qu'elle est exécutoire nonobstant opposition ou appel, c'est dire que ces recours sont licites, mais qu'ils demeurent dépourvus de l'effet suspensif qui leur est ordinairement attaché. C'est en ce sens que cette locution est constamment employée dans le langage de la loi et de la pratique juridique; et telle est aussi la signification qui, d'après la majorité des auteurs et des arrêts, lui appartient dans l'article ici discuté (2).

En effet, si quelques auteurs éminents refusent d'admettre l'opposition et l'appel, ceux qui reconnaissent la validité de ces voies de recours ne sont pas moins nombreux et n'ont pas moins d'autorité. Et d'autre part, en se reportant aux décisions juris-

(1) *Op. cit.*, t. I.

(2) CAZALENS. Note au D. P. 75. 2. 137.

prudentielles, il est facile de se convaincre que, si autrefois les juges avaient encore des doutes, de nos jours ils paraissent être d'accord pour statuer dans le sens de l'admission des voies de recours. Ainsi l'ont décidé deux arrêts de la Cour d'appel d'Alger : l'un du 1^{er} mars 1897 (1) affirme que « l'article 417 admet expressément la possibilité d'une opposition et d'un appel » ; l'autre du 26 février 1903 déclare qu'« il est constant que les ordonnances du président du tribunal de commerce peuvent être attaquées par la voie de l'opposition devant le magistrat et ensuite par la voie de l'appel devant la juridiction supérieure ». Enfin, un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation (2) l'a proclamé d'une façon péremptoire le 30 novembre 1927 : « la saisie conservatoire peut avoir pour effet de compromettre les droits et intérêts du propriétaire ou du détenteur de la chose saisie ; dès lors, le recours doit appartenir à celui contre qui la décision du président du tribunal de commerce a autorisé la saisie ; ce recours doit être exercé d'après les règles du droit commun, c'est-à-dire par opposition devant le magistrat qui a rendu l'ordonnance, au cas où elle a été rendue en l'absence de l'intéressé ; appel peut être interjeté de la décision intervenue sur opposition ; l'article 417, Code proc. civ., loin d'interdire l'exercice du droit

(1) D. P. 97. 2. 478.

(2) D. H. 1928, p. 36.

d'opposition ou d'appel, le consacre au contraire expressément ». L'arrêt ajoute que l'existence d'une instance en validité de la saisie conservatoire introduite devant le tribunal civil ne peut pas avoir pour effet de priver le défendeur de l'exercice des droits d'opposition et d'appel.

Mais l'admission des voies de recours et notamment de l'opposition qui sera porté devant le président, soulève une difficulté. En effet la rétractation de l'ordonnance à laquelle peut amener l'opposition aboutit indirectement à une mainlevée de la saisie. Or, de droit commun cette mainlevée ne peut être ordonnée que par le tribunal civil. Le président du tribunal de commerce est donc incompetent pour en connaître.

Cette objection n'avait pas été prise en considération par le président du tribunal civil de La Flèche, statuant commercialement le 2 septembre 1911, qui décidait dans son ordonnance que l'opposition est recevable même formée après la saisie, « puisque cette saisie est le seul moyen pour le débiteur de connaître l'ordonnance » (1).

Elle n'a pas été admise non plus par la Cour de cassation, dont la Chambre des requêtes a déclaré, le 16 juin 1920 (2) que la mainlevée prononcée par le magistrat qui a permis de saisir est valable et parfaitement régulière. Et bien que cette déclara-

(1) D. P. 1922. 1. 110.

(2) S. 1911. 2. 155.

tion ne s'appuie sur aucun argument, elle n'en doit pas moins être considérée comme l'expression de la théorie adoptée par la Cour suprême, d'autant plus que l'arrêt du 30 novembre 1927 que nous avons cité plus haut, se l'est appropriée implicitement, en approuvant un arrêt de la Cour d'appel d'Alger qui avait reconnu au président le droit de rétracter son ordonnance et de donner ainsi mainlevée de la saisie.

Cependant, il convient de noter qu'une doctrine aussi clairement formulée ne s'impose pas encore à tous les magistrats consulaires, et nous remarquons que la *Revue pratique de Législation et de Jurisprudence du Tribunal de commerce de la Seine*, a publié deux ordonnances, rendues, l'une par le président du tribunal civil de Vitry-le-François statuant commercialement le 24 septembre 1923 (1), et l'autre par le président du tribunal de commerce de Châlons-sur-Marne le 17 janvier 1927 (2) qui, toutes deux repoussent l'opposition lorsque la saisie a déjà été réalisée, en se fondant sur cette raison que l'article 442 du Code de proc. civ. ne permet pas aux tribunaux de commerce de statuer sur l'exécution de leurs décisions.

Ces deux sentences nous paraissent défendre une théorie conforme aux principes. Mais la thèse contraire adoptée par la Cour suprême se justifie par

(1) *Revue pratique*, 1924, 2, p. 19.

(2) *Revue pratique*, 1927, 2, p. 68.

des raisons pratiques et par des arguments d'équité. Renvoyer le débiteur saisi devant le tribunal civil est une source de lenteurs incompatibles avec la célérité nécessaire aux tractations commerciales. Et d'autre part reconnaître que l'opposition est irrecevable parce qu'elle équivaldrait à une mainlevée, c'est priver le détenteur de la chose saisie d'un moyen efficace de sauvegarder ses droits et intérêts contre un créancier trop pressé ou mal intentionné.

CHAPITRE IV

ORDRE DE PAYER UNE LETTRE DE CHANGE PERDUE OU VOLÉE

A. — Prescriptions légales.

Cette intervention du président du tribunal de commerce est réglée par les articles 151 et 152 du Code de commerce, qui prévoient deux hypothèses :

Première hypothèse. — Une traite a été créée en plusieurs exemplaires. L'un de ces exemplaires a été perdu et c'est justement celui que le tiré avait revêtu de son acceptation. La victime de la perte ne peut pas obtenir le paiement sur la seule présentation du double qu'elle a entre les mains. En effet, le double accepté est le seul qui comporte l'obligation de payer : le tiré se doit à sa signature et il ne serait libéré que par un paiement effectué sur présentation de cette signature. Aussi la loi a-t-elle introduit la procédure suivante : l'intéressé requerra du président du tribunal de commerce une ordonnance aux fins de l'autoriser à toucher la lettre de change, sur présentation du double qui lui reste, et l'autorisation ne sera don-

née au porteur que s'il justifie d'une caution solvable.

Le juge ne se préoccupera pas de savoir si le requérant est le titulaire du droit, mais seulement de la solvabilité de la caution offerte et de l'existence chez l'intéressé de l'original dont il se prétend resté porteur.

Nous avons dit que le juge qui accordera l'autorisation de toucher la lettre de change est le président du tribunal de commerce ; mais ce n'est pas l'opinion de tous les auteurs. Un certain nombre de commentateurs du Code de commerce (Nouguier, Pardessus, Alauzet, Bédarride) ont affirmé, d'ailleurs sans preuves et sans développements, que l'ordonnance du juge, dont parlent les articles 151 et 152, n'est autre chose qu'un jugement du tribunal de commerce. Nous ne partageons pas cette opinion dont les défenseurs sont trop anciens pour avoir conservé, de nos jours une grande autorité et nous préférons nous rallier à la théorie des commercialistes modernes (1) qui donnent compétence au président. En effet, si l'expression « juge » employée par le législateur dans les articles 151 et 152 est de nature imprécise, le mot « ordonnance » qu'il lui est adjoint doit effacer toute équivoque. Ce terme « ordonnance » est généralement employé pour désigner une décision du pré-

(1) THALLER et PERCEROU, LYON-CAEN, BOISTEL, LACOUR et BOUTERON.

sident du tribunal (ordonnances sur requêtes, ordonnances de référé) et on l'oppose d'ordinaire au mot « jugement » qui s'applique, seulement, aux sentences du tribunal.

De plus, en notre matière, la demande nécessitera le plus souvent un examen et une solution rapides, simplicité de forme et célérité qui ne se conçoivent guère qu'avec un juge unique.

Bien que ces arguments paraissent très convaincants, ils ne sont pas admis par tous les auteurs ni par tous les tribunaux. A Paris, notamment, il est d'usage d'assigner devant le tribunal de commerce qui rend un jugement; et, un arrêt très récent de la Cour de Lyon (24 janvier 1929) (1) a statué dans un sens analogue déclarant que l'ordonnance du juge peut consister en un jugement du tribunal de commerce rendu sur assignation en paiement de la traite (2).

Le président du tribunal de commerce ne peut pas dispenser de fournir caution. Les prescriptions des articles 151 et 152 du Code de commerce sont impératives à cet égard et la disposition finale de l'article 439 du Code de procédure civile n'est pas applicable.

(1) *Revue pratique de législation et de jurisprudence du Tribunal de commerce de la Seine*, 4 janvier 1930.

(2) En sens contraire nous pouvons citer un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 29 novembre 1842 qui s'exprime ainsi : « par ordonnance du juge, il faut entendre la décision rendue sur requête par un juge de commerce et non pas par un jugement du tribunal de commerce ».

Cependant, suivant Lyon-Caen et Renault, à défaut de caution, celui qui réclame le paiement de la lettre de change sera reçu à donner un gage (1).

Deuxième hypothèse. — Tous les exemplaires de la lettre de change ont été perdus ou bien il n'y en avait qu'un d'émis.

Le bénéficiaire doit suivre la même procédure que si l'exemplaire perdu était celui que le tiré avait revêtu de son acceptation. Il présentera une requête au président du tribunal de commerce aux fins d'obtenir une ordonnance autorisant le paiement et il fournira caution. Mais, au surplus, il devra administrer la preuve de son droit de propriété sur la lettre égarée, justification qu'il fera en produisant ses livres suivant les prescriptions de l'article 152. Cet article n'indique pas d'autre moyen de preuve et l'on peut se demander qu'elle sera la situation du bénéficiaire d'une lettre de change qui, faute d'exercer la profession de commerçant, n'est pas admis à présenter ses livres en justice.

Les auteurs qui se montrent très sévères pour le commerçant sont beaucoup plus larges pour le non-commerçant et lui reconnaissent le droit de justifier sa propriété par la correspondance et tous autres moyens légaux (2). Dans la jurisprudence,

(1) *Contra* THALLER et PERCEROU.

(2) ALAUZET, BOISTEL, LYON-CAEN et RENAULT. Ces derniers

un arrêt de cassation de la Chambre des requêtes du 22 mai 1848 écarte la preuve testimoniale « attendu qu'aux termes de l'article 152 du Code de commerce le paiement d'une lettre de change perdue peut être demandé en justifiant de la propriété par les livres du demandeur et en donnant caution, il en résulte clairement que la préexistence d'une lettre de change qui n'est pas représentée ne peut pas être établie par la preuve testimoniale seule ».

Un autre arrêt, du 24 juin 1863 pose en principe que celui qui prétend avoir perdu une lettre de change et veut en obtenir le paiement doit produire des livres ou un écrit émané du souscripteur.

B. — Quel est le domaine d'application des articles 151 et 152 ?

Ces articles régissent la lettre de change et le billet à ordre alors même que ce dernier aurait été souscrit par des non-commerçants et pour cause non commerciale, pourvu que le titre soit dans la forme du billet à ordre (Cour de Paris, 1^{er} juillet 1864).

Ils doivent être étendus au chèque « s'il est vrai, » dit un jugement du tribunal de commerce de la

sont encore moins stricts puisqu'ils proposent d'étendre ce régime au commerçant. LACOUR et BOUTERON, THALLER et PERCEROU sont muets sur le non-commerçant.

« Seine du 18 avril 1896, que la loi du 14 juin 1865
« stipule que le porteur d'un chèque qui ne se pré-
« sente pas dans les délais fixés perd son recours
« contre les endosseurs et même contre le tireur,
« si la provision a péri par le fait du tiré ; il résulte
« de ladite loi, article 4, § 2, que les dispositions
« du Code de commerce relatives à la garantie
« solidaire du tireur et des endosseurs, au protêt
« et à l'exercice de l'action en garantie en matière
« de lettre de change, sont applicables aux chè-
« ques ; attendu qu'il est constant que cette énon-
« ciation n'est pas limitative ; que le cas de perte
« n'est pas prévu à la loi spéciale dont s'agit, il en
« résulte quedans ces cas les articles 151 et 152 du
« Code de commerce relatifs à la lettre de change,
« s'appliquent également aux chèques ».

Dans la note écrite en marge de ce jugement, Thaller (1) ajoute que « d'ailleurs les articles 151 et 152 sont conçus en termes généraux. La procédure qu'ils imposent n'est pas exigée seulement pour le cas où la traite perdue ou affirmée telle serait revêtue de l'acceptation du tiré. Là-même où l'effet n'aurait point été accepté, il y a lieu encore d'y recourir et cela, semble-il, doit également, pour le chèque, clore la controverse ».

Avec lui, les auteurs sont à peu près tous d'accord pour admettre que le porteur dépossédé peut

(1) THALLER, D. P. 1896. 2. 401. Dans le même sens, D. H. 1930, p. 520, Tribunal de commerce de la Seine, 10 juin 1930.

se prévaloir des dispositions relatives à la lettre de change (1).

Il y a, cependant, un certain nombre de cas dans lesquels l'intervention du président est inutile ou inefficace. Nous les examinerons successivement.

1° Les articles 151 et 152 ne visent que les effets de commerce, lettres de change ou billets à ordre. Ils sont donc inapplicables aux titres ayant la forme civile. C'est ce qu'affirme un arrêt de la Cour de Toulouse du 12 mars 1885 : « s'il est vrai de dire « qu'au cas de perte et en vertu des articles 155 « et 187 du Code de commerce les billets à ordre « (même souscrits par un non-commerçant et pour « une cause non commerciale) sont régis comme « les lettres de change par les mêmes principes ; « cette décision se justifie par la forme commer- « ciale apparente et extérieure des billets à « ordre ». Or, attendu que le titre dont il s'agit a été donné en blanc-seing et que, par conséquent, il aurait pu être rempli en la forme d'obligation civile ainsi libellé : « Je reconnais devoir à M. X... « pour prêt de pareille valeur la somme de X... « que je m'oblige à lui payer dans X... années de « ce jour avec intérêts » ; il n'y a pas lieu de lui appliquer la réglementation des articles 151 et 152 du Code de commerce.

2° Les formalités prescrites par ces articles ne

(1) En ce sens : LACOUR et BOUTERON, LYON-CAEN et RENAULT.
En sens contraire : WAHL.

doivent pas être étendues en dehors des rapports du porteur dépossédé et du tiré. Elles ne s'appliquent pas au cas où une lettre de change n'ayant été perdue qu'après l'échéance et le protêt, celui qui en est propriétaire agit en remboursement contre le précédent propriétaire et contre les endosseurs. « Les articles 149 et suivants du Code de commerce, dit un arrêt de la Cour de Grenoble en date du 8 août 1864, ne sauraient s'appliquer au cas d'une lettre de change non payée à l'échéance et perdue après avoir été protestée. Aucune analogie n'existe entre les deux situations ».

3° L'ordonnance du président est nécessaire seulement dans le cas où le propriétaire d'un effet perdu veut se faire payer sans exhiber son titre. En conséquence, l'opposition au paiement d'un billet à ordre soustrait frauduleusement, faite au souscripteur de ce billet, conformément à l'article 149 du Code de commerce est valable sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une autorisation du juge et de fournir caution. Le souscripteur du billet qui l'a payé malgré cette opposition nette et régulière n'est pas libéré par son paiement et il serait mal venu à prétendre en sa faveur que les articles 151 et 152 n'ont pas été observés, puisqu'il n'y avait pas lieu d'accomplir les formalités prescrites dans ces articles.

C. — Effets de l'autorisation présidentielle.

Lorsque le propriétaire de la lettre de change perdue a fourni caution et obtenu l'ordonnance du président, il se fait payer. Mais alors il convient de se demander quelle est la valeur de ce paiement. Est-il libératoire à l'égard du tiré ? Ou le porteur de l'exemplaire accepté survenant et prouvant sa légitimité, sera-t-il reçu à exiger du tiré un second paiement ?

Cette question est vivement controversée : car elle n'a pas été résolue en termes exprès par le législateur.

D'après une opinion qui était déjà en faveur dans l'ancien droit, le tiré est toujours tenu par sa signature. Il devra payer une seconde fois, quitte à se retourner contre la personne qui a reçu le premier paiement, ou, si elle est insolvable, contre la caution qu'elle a fournie ; autrement dit la caution garantit le tiré accepteur.

L'ordonnance de 1673 avait adopté cette solution, et suivant les auteurs qui sont partisans de la thèse que nous exposons, il aurait été dans les intentions des rédacteurs du code de maintenir la disposition de l'ordonnance. Cependant, quel que soit le bien-fondé d'une telle interprétation, elle ne va pas sans soulever des critiques. En effet, la caution est déchargée après trois ans alors que l'obligation de l'accepteur ne s'éteint qu'après cinq

ans. Il n'y a pas concordance entre les délais et le tiré se trouve exposé à payer pendant deux ans sans autre garantie qu'un recours peut-être inefficace contre celui qui a touché indûment la lettre de change. Cette situation de l'accepteur est d'autant plus injuste qu'il a payé sur l'ordre du juge, « non seulement il n'a pas commis de faute, mais « il ne pouvait pas agir autrement ». Aussi la pratique (1) s'est-elle inclinée devant ces raisons et, peut-être, au mépris des intentions du législateur, elle considère le tiré qui a payé dans ces conditions comme définitivement libéré.

C'est l'opinion de Thaller et de Lacour et Bouteron. Mais elle est repoussée par Lyon-Caen et Renault, parce que ces auteurs la trouvent contraire à la volonté de la loi.

**D. — Effets de la non-observation des formalités
des articles 151 et 152.**

Si le propriétaire dépossédé ne s'adresse pas au président du tribunal et laisse ainsi passer l'échéance de la lettre de change, il se trouvera forclos et ne pourra plus faire dresser protêt. C'est ce qu'affirme entre autres, un arrêt de la Cour de Paris en date du 19 novembre 1886 qui s'exprime ainsi :

(1) THALLER, *Traité de droit commercial*.

Comme décision récente nous citerons un jugement du tribunal de commerce de la Seine rendu le 10 juin 1930 et qui adopte implicitement cette théorie.

« Aux termes des dispositions du Code de commerce, le propriétaire d'une lettre de change qui a perdu son titre et ne peut conséquemment accomplir à son échéance les formalités prescrites dans les cas ordinaires pour conserver des droits contre les endosseurs, doit se pourvoir par requête devant le président du tribunal de commerce, qui, après avoir vérifié sur les livres du requérant son droit à la propriété du titre et exigé la garantie d'une caution, lui délivre une ordonnance l'autorisant à faire un acte dit de protestation, au moyen duquel le propriétaire de la lettre de change perdue conserve son recours par la notification qu'il en doit faire aux tireurs et endosseurs dans les formes et les délais prescrits pour la signification des protêts ordinaires; les termes, et mieux encore, le but et l'esprit des articles 152 et 153 du Code de commerce démontrent jusqu'à l'évidence que l'ordonnance du magistrat doit précéder l'acte de protestation, puisqu'elle a précisément pour objet de suppléer ce titre, qui ne peut être représenté, et d'autoriser en connaissance de cause, à faire la protestation qui, faute de ce préalable obligé, ne constitue qu'un acte sans fondement, sans caractère légal et sans valeur. »

Seule la force majeure qui aurait empêché le propriétaire d'agir pourrait le mettre à l'abri de la déchéance encourue par l'inobservation des formalités prescrites par les articles 151 et 152.

« Attendu que si les tribunaux peuvent déclarer
« que l'absence d'ordonnance du juge n'a point
« fait encourir la déchéance par le propriétaire de
« l'effet perdu, c'est seulement lorsque toutes les
« formalités légales ayant été accomplies, la force
« majeure a mis obstacle à l'obtention de cette
« ordonnance en temps utile.

« Mais il faut que l'existence de la force majeure
« soit dûment établie » (Cassation civile, 1^{er} juillet
1857.)

CHAPITRE V

NOMINATION DE COMMISSAIRES DANS UNE SOCIÉTÉ ANONYME

C'est l'article 32, § 2, de la loi de 1867 qui détermine la procédure à suivre en cette matière : « A défaut de nomination des commissaires par l'assemblée générale, ou en cas d'empêchement ou de refus d'un ou de plusieurs des commissaires nommés, il est procédé à leur nomination ou à leur remplacement par ordonnance du président du tribunal de commerce du siège de la société, à la requête de tout intéressé, les administrateurs dûment appelés. »

A l'origine d'une société anonyme, les commissaires sont nommés par l'assemblée générale constitutive. Ensuite, durant le cours de la société, cette nomination incombe à l'assemblée générale annuelle. Mais si cette assemblée omet de nommer les commissaires ou si un ou plusieurs des commissaires désignés refusent ou sont empêchés de remplir leur mandat, donnent leur démission ou décèdent, il n'y a pas lieu de réunir une nouvelle assemblée. Conformément aux prescriptions de l'article 32, § 2, dont le texte a été reproduit

ci-dessus, c'est le président qui devient compétent et qui, en vertu de la loi, hérite des pouvoirs de l'assemblée.

La désignation du commissaire doit être faite par ordonnance du président du tribunal, dans le ressort duquel le siège de la société se trouve établi, sur requête présentée par tout intéressé, c'est-à-dire tout actionnaire ou tout créancier.

L'interprétation de l'article 32 soulève plusieurs questions qu'il faut examiner successivement :

1° La compétence du président est-elle obligatoire ou facultative ?

2° Quels sont les pouvoirs du président ?

3° Enfin, quelle portée convient-il d'accorder à la clause suivant laquelle le président statue, le conseil d'administration dûment appelé ?

A. — La première question qui se pose est de savoir si les intéressés, actionnaires ou créanciers qui veulent obtenir la nomination d'un commissaire, doivent s'adresser obligatoirement au président, ou s'ils peuvent convoquer une Assemblée générale, laquelle est normalement chargée de désigner les commissaires. En d'autres termes, la compétence du président est-elle exclusive de toute autre ?

Sur ce point les travaux préparatoires ne fournissent aucun éclaircissement. On pourrait admettre que les formalités prévues à l'article 32, § 2, sont facultatives en soutenant que la loi a simplement voulu que les intéressés ne soient

pas obligés de faire convoquer une nouvelle assemblée générale des actionnaires dans l'unique but de procéder à la nomination ou au remplacement des commissaires ; mais qu'elle n'a pas eu l'intention de supprimer le pouvoir qui appartient, en principe, à l'assemblée générale des actionnaires : « Il serait étrange, en effet, que l'assemblée générale, ait seule qualité pour nommer les commissaires et qu'il lui soit interdit de procéder au remplacement de ceux qu'elle a nommés ».

Malheureusement, cette considération, qui ne manque pas de logique, se heurte à l'article 32 qui est impératif : à défaut de nomination, la loi ne dit pas qu'il *peut*, elle dit qu'il *est* procédé à la nomination...

Cet argument de texte paraît indiscutable à la plupart des auteurs (1) ; « ces termes absolus donnent compétence exclusivement au président », écrit Houpin, et il ajoute, en conséquence, que « cette solution doit être admise même si les statuts stipulent qu'en cas d'empêchement des commissaires nommés il sera procédé à leur remplacement par l'assemblée générale ». La stipulation devrait être considérée comme illicite puisqu'elle se trouverait contraire aux prescriptions de l'article 32 de la loi de 1867. M. Pic (2) est du même

(1) *J. S.*, 18. LYON-CAEN et RENAULT, AMIAUD.

(2) PIC. *Des Sociétés* (Collection Thaller).

avis. Il estime que l'article 32 est impératif : « Nous
« en concluons que si une clause expresse des
« statuts déclarait l'assemblée générale compé-
« tente pour la nomination des membres nécessai-
« res pour compléter le nombre statutaire mini-
« mum des commissaires de surveillance au cas
« de décès, démission... cette nomination ne pour-
« rait être faite que par le tribunal. »

Bien que le texte de l'article 32 soit formel, tous les auteurs ne l'interprètent pas dans un sens aussi rigoureux. Pour M. Arthuys (1), le législateur a voulu que la surveillance fût toujours assurée sans obliger les administrateurs à réunir, de nouveau l'assemblée : aussi les intéressés ne sont-ils pas tenus de s'adresser obligatoirement au président du tribunal de commerce : c'est pour eux une simple faculté. La même opinion est soutenue par un jugement du tribunal de commerce de la Seine rendu le 4 décembre 1899 (2) « c'est seulement au
« cas où il n'aurait pas été procédé à la nomina-
« tion des commissaires en assemblée générale
« ou par suite de refus ou d'empêchement des
« commissaires nommés, que les intéressés peu-
« vent, s'ils en reconnaissent l'urgence, adresser
« une requête au président du tribunal de com-
« merce du siège de la société lequel rendra une
« ordonnance à cet égard. Ce n'est pas une obliga-
« mais une simple faculté... »

(1) ARTHUYS. *Des Sociétés*.

(2) *J. S.* 1900, p. 367.

Une interprétation aussi large est peut-être conforme aux principes qui gouvernent l'organisation et le fonctionnement des sociétés anonymes. Mais elle ne saurait être admise devant les termes impératifs de l'article 32. Certes l'opinion du législateur était peut-être d'accorder aux intéressés une simple faculté, mais rien ne permet de l'affirmer, et, en l'absence d'éclaircissements, sur les intentions de ceux qui ont rédigé la loi, l'on ne saurait donner à l'article 32 un sens autre que celui qu'il exprime littéralement.

B. — C'est donc le président qui est saisi, même dans le cas où les statuts contiennent une stipulation contraire ; mais le président ne jouit pas d'une liberté absolue dans le choix qu'il doit effectuer.

En effet, si les statuts prescrivent que les commissaires seront choisis parmi les personnes exerçant une profession déterminée qui fera présumer leur compétence, notamment parmi les experts-comptables, une telle clause n'ayant rien d'illégal s'imposera au président. Il en sera de même si les statuts déclarent que l'on prendra des commissaires parmi les actionnaires d'une catégorie déterminée.

D'une façon générale, il convient d'admettre que toutes les clauses des statuts qui ne sont pas contraires à une disposition de la loi, doivent être respectées par le président. Ce dernier est substitué par l'effet de la loi à l'assemblée générale ; on ne saurait lui donner des pouvoirs plus étendus

qu'elle n'en a elle-même. Il exercera donc son choix dans les mêmes conditions que l'assemblée générale l'aurait effectué si elle n'avait pas omis de procéder à cette formalité.

D'autre part, il faut interpréter restrictivement l'article 32 et ne pas l'étendre aux hypothèses qui n'ont pas été expressément prévues par le législateur :

1° parce que la compétence du président du tribunal de commerce est celle d'une juridiction d'exception et, par conséquent, elle est strictement limitée aux cas énumérés par la loi ;

2° parce que, normalement, en vertu des règles qui président au fonctionnement des sociétés anonymes, c'est l'assemblée générale qui a pour mission de nommer les commissaires aux comptes et le texte qui lui enlève l'exercice de ce droit dans certaines situations doit être considéré comme exceptionnel.

En conséquence, puisque l'article 32 ne vise pas le cas de révocation du ou des commissaires, il faut décider que l'assemblée générale redevient compétente pour procéder à la nomination d'un nouveau commissaire en remplacement de celui qu'elle a révoqué.

C. — L'article 32 stipule que la nomination du commissaire par le président est faite « les administrateurs dûment appelés ».

Il est incontestable que cette formalité doit être respectée lorsqu'il existe, comme c'est le cas géné-

ralement, des administrateurs en fonctions. Mais il se peut que le mandat des administrateurs arrive à son expiration et qu'il n'y ait plus de commissaire pour convoquer l'assemblée générale qui procédera à la nomination d'un nouveau conseil. Dans cette hypothèse, le président devra-t-il se déclarer incompétent ?

C'est la thèse que soutenait le pourvoi en cassation formé contre un arrêt rendu par la Cour d'appel d'Amiens le 9 mars 1923, arrêt qui avait refusé de considérer comme irrégulière la nomination du commissaire faite par le président du tribunal de commerce à un moment où la société ne possédait plus d'administrateurs. Le pourvoi déclarait, en effet, que l'appel des administrateurs est une formalité substantielle de la procédure prévue par l'article 32 de la loi de 1867 et que, par ailleurs, c'est exclusivement dans le cas de défaut d'un commissaire et non pas des administrateurs que le président peut désigner un commissaire.

La Cour de cassation n'a pas admis cette argumentation et elle a rejeté purement et simplement le pourvoi.

« Attendu que d'après le pourvoi, Bombart (commissaire désigné par le président du tribunal de commerce) n'a pu être investi de ses fonctions sans que les administrateurs aient été dûment appelés. Mais attendu que l'arrêt attaqué déclare, à bon droit, régulière la nomination de Bombart *ès-qualité* ; qu'en effet, il constate que les pou-

« voirs des précédents administrateurs étaient
« expirés depuis le 16 juin 1919; que dans l'état
« de complet désarroi où était tombé la société
« après la faillite du banquier Deseille, adminis-
« trateur délégué, et à raison des circonstances
« inhérentes à la guerre, aucune assemblée géné-
« rale n'avait pu être tenue depuis 1914; qu'il en
« résulte nécessairement qu'il n'existait pas non
« plus de commissaire de surveillance en service
« et qu'il y avait urgence à convoquer l'assemblée
« générale des actionnaires; attendu que l'arti-
« cle 33 de la loi du 24 juillet 1867 dispose que
« « les commissaires peuvent toujours en cas d'ur-
« gence convoquer l'assemblée générale »; que,
« dès lors, la nomination de Bombart faite en vue
« de cet objet unique et la convocation des assem-
« blées générales par l'intervention d'un commis-
« saire qui tenait directement ce pouvoir de la loi
« sont régulières...; d'où il suit que l'arrêt attaqué,
« qui est dûment motivé, n'a ni méconnu, ni faus-
« sement appliqué les articles invoqués par le
« pourvoi; Par ces motifs rejette... » (1).

Cette décision est logique. Elle doit, semble-t-il, être appliquée dans tous les cas où les administrateurs font défaut, quelle que soit la raison pour laquelle cette vacance s'est produite. En effet, « la mise en cause des administrateurs, exigée par l'article 32 de la loi de 1867, ne s'explique et n'a de

(1) Cas. Civ., 29 juin 1925, *J. S.*, 1926, p. 161.

raison d'être que dans le cas habituel où des administrateurs sont encore en fonctions et, elle devient inutile, dans le cas exceptionnel où la société est dépourvue de conseil d'administration » (1).

(1) Note signée H. B., *J. S.* 1926, p. 161.

CHAPITRE VI

NOMINATIONS ET AUTORISATIONS DE L'ARTICLE 106 DU CODE DE COMMERCE

Cet article relatif aux contestations qui naissent à la suite d'un contrat de transport, prévoit l'intervention du magistrat comme juge des requêtes dans trois cas différents. Le président pourra successivement, sur demande de la partie intéressée, nommer un ou plusieurs experts, autoriser la consignation des marchandises transportées dans un dépôt public, et enfin permettre la vente de ces marchandises. Ces diverses formalités sont d'ailleurs facultatives. Rien n'oblige le voiturier, l'expéditeur ou le destinataire à y recourir (1) et leur inobservation n'engagerait la responsabilité de celui qui aurait négligé de les accomplir, que dans le cas où cette inobservation causerait un dommage à l'une des parties (2). L'article 106 a une portée générale. Il s'applique à toutes les difficultés que peut engendrer le contrat de transport, dans sa formation comme dans son exécution ; il

(1) Toulouse, 8 juin 1905.

(2) Civ., 8 février 1909 ; Civ., 19 avril 1910.

s'étend à tous les incidents survenus au cours même et à l'occasion du transport.

A. — Nomination d'un expert.

Cette nomination est faite par le président sous forme d'une ordonnance « au pied de la requête » qui lui est présentée soit par l'expéditeur, soit par le voiturier, soit par le destinataire suivant que le conflit naît au départ, en cours de route, ou à l'arrivée.

A défaut du président, la compétence échoit au juge le plus ancien dans l'ordre du tableau (1). Et s'il n'y a pas de tribunal de commerce au lieu où se trouvent les marchandises qui font l'objet de la contestation ou si tous les juges consulaires sont absents ou empêchés, la requête est présentée au juge de paix auquel l'article 106 accorde dans ce cas le droit de procéder à la nomination de l'expert.

Le nombre des experts n'est pas déterminé par l'article 106. Au contraire, il résulte de la rédaction de ce texte (« un ou plusieurs experts ») que le législateur a entendu laisser la plus entière liberté au magistrat juge de la requête à qui il appartient d'apprécier suivant les circonstances. Généralement, le président du tribunal de commerce ou le juge de paix ne désignent qu'un expert. A Paris,

(1) Colmar, 24 décembre 1833.

ils confèrent cette mission à des commerçants notables, qui, paraît-il (1), ne prennent pas d'honoraire.

Afin d'assurer plus de garanties aux parties contre lesquelles le rapport des experts sera éventuellement invoqué, d'une part, la loi ordonne au requérant d'appeler à l'expertise, même par simple lettre ou télégramme, toutes personnes susceptibles d'être mises en cause, d'autre part, elle impose le serment aux experts. Mais elle ajoute que, dans les cas urgents, le président du tribunal de commerce, le magistrat qui le remplace ou le juge de paix, pourront dispenser de l'accomplissement de tout ou partie de ces formalités. Et en ce cas, mention de la dispense doit être faite dans l'ordonnance.

Les pouvoirs du président ne sont pas illimités. Non seulement ils ne sauraient être étendus en dehors des contestations nées du contrat de transport, par exemple au cas de litige entre vendeur et acheteur, mais encore ils sont épuisés dès l'instant qu'une première expertise a été ordonnée. On doit en conclure que deux expertises ne sauraient être prescrites, en vertu de l'article 106, successivement pour le même transport (2). Il n'en serait pas de même si la deuxième expertise était ordonnée par la voie du référé commercial. Un arrêt de Cassa-

(1) CAMBERLIN, *op. cit.* ; GARSONNET et CÉZAR-BRU, *op. cit.*

(2) Cour de Montpellier, 18 mars 1910.

tion (1), en effet, reconnaît au magistrat statuant en référé le droit de prescrire cette seconde expertise et il s'appuie sur les considérations suivantes : d'une part, la loi du 11 mars 1924 qui a institué le référé commercial, a autorisé le président du tribunal de commerce à statuer par voie de référé dans tous les cas d'urgence, à condition qu'ils rentrent dans la compétence du tribunal de commerce ; d'autre part, si après une expertise ordonnée en conformité avec l'article 106, une nouvelle expertise ne peut être prescrite en vertu du même article, aucun obstacle juridique ne s'oppose à une expertise décidée d'après les règles du droit commun. En effet, non seulement cette deuxième expertise n'émanera pas du magistrat statuant comme juge des requêtes, mais encore elle ne sera pas réalisée dans les formes simplifiées de l'article 106, car on lui appliquera les règles normales des expertises prévues au Code de procédure. On ne concevrait donc pas qu'il fût possible de l'annuler pour cause d'identité avec la première.

Le président a-t-il le droit de refuser la mesure qui lui est demandée ? M. René Roger l'affirme dans son *Manuel juridique des transports* : « Si le voiturier tarde à demander l'expertise, cette expertise faite plusieurs jours après l'arrivée de la marchandise ne serait plus probante : aussi les présidents des tribunaux de commerce, refusent sou-

(1) Ch. civ., 6 mai 1929.

vent de nommer des experts parce que le voiturier a demandé l'expertise trop tard. Si les termes de l'article 106 sont impératifs pour le président du tribunal de commerce, il va de soi que c'est à la condition que l'expertise soit immédiate ».

Cette opinion est conforme dans ses conséquences aux règles générales qui gouvernent les ordonnances sur requêtes, d'après lesquelles le président a la faculté d'accorder ou de refuser la mesure qui lui est demandée. Mais elle se heurte aux termes catégoriques de l'article 106 qui semblent ne laisser aucune place au libre arbitre du magistrat. On peut cependant faire valoir en sa faveur une considération qui ne manque pas de justesse ; les formalités expéditives de l'article 106, dérocatrices au droit commun des expertises ne s'expliquent que par le besoin de rapidité inhérent aux litiges à l'occasion desquels elles interviennent et l'on doit retomber sous l'empire du Code de procédure civile toutes les fois que l'affaire ne requiert pas célérité. L'inaction prolongée de la partie intéressée fait présumer le défaut d'urgence. C'est pourquoi, dans ces hypothèses, la pratique refuse la permission sollicitée.

B. — Autorisation de déposer les objets transportés.

Si le destinataire des marchandises refuse de les recevoir, le voiturier peut se faire autoriser à les

mettre en dépôt, par le président du tribunal de commerce ou, à défaut, par le juge de paix.

La simple lecture de l'article 106 donnerait à croire qu'il ouvre seulement une option au président, auquel il donnerait la faculté soit d'ordonner le dépôt, soit d'exiger la remise des marchandises au destinataire. Mais ce n'est pas aussi rigoureusement que les tribunaux interprètent ce texte dans lequel ils voient une autre option accordée par la loi au requérant qui, à son choix, demandera le dépôt ou bien conservera les marchandises dans ses propres magasins. L'expression de cette théorie se trouve dans un arrêt rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation le 10 novembre 1891 où elle déclare formellement : « la disposition de l'article 106, aux termes de laquelle le transport dans un dépôt public des objets refusés à l'arrivée peut être ordonnée par justice, ouvre au voiturier une simple faculté qu'on ne saurait arbitrairement convertir en obligation » (1).

On doit en conséquence déduire de cet arrêt que non seulement le dépôt est purement facultatif, mais que l'ordonnance présidentielle elle-même autorisant le dépôt n'est pas une formalité indispensable.

(1) D. P. 1892. 4. 428.

C. — Autorisation de vendre.

Cette permission devrait être considérée comme une formalité obligatoire pour deux raisons (1). D'une part le droit français, à la différence du droit romain, n'autorise pas la vente de la chose d'autrui. D'autre part, lorsqu'un acte est subordonné à une permission du juge, l'absence de cette permission rend l'acte nul. Cette règle a été maintes fois appliquée par la jurisprudence et notamment aux ventes effectuées sans les formalités exigées par la loi. Mais en matière de transport les tribunaux sont beaucoup moins rigoureux : ils ne regardent pas l'autorisation comme une formalité substantielle et ils considèrent en conséquence que la vente réalisée librement n'est pas nulle. Cependant, celui qui a fait vendre la marchandise dans ces conditions commet un acte pouvant engager sa responsabilité. « Mais il ne peut être tenu à des dommages et intérêts envers le propriétaire qu'autant qu'il est établi et constaté que l'inobservation des prescriptions de l'article 106 a été la cause du préjudice éprouvé, parce que cet article n'apporte aucune dérogation à la règle édictée par l'article 1382 » (Ch. Civ., 12 juin 1929).

Dans les cas où il en est requis, le président ordonne la vente jusqu'à concurrence des frais de

(1) René ROGER. *Manuel juridique des transports*.

voiture ou autres déjà faits. Par ces derniers mots, il faut entendre les frais d'expertise et de citation des parties (1). Ces frais ont, peut être, été avancés par d'autres que le voiturier, par exemple par l'expéditeur s'il a provoqué l'expertise. Dans cette hypothèse, la loi donne au magistrat le droit de lui attribuer le produit de la vente dans la mesure de ses débours. Mais ce pouvoir est strictement délimité et les termes de l'article 106 ne permettent pas au président de trancher le fond de la question de responsabilité, en vue de l'attribution du produit de la vente. « Il y aurait là une véritable usurpation de pouvoir préjudiciable aux intérêts des parties, qui aboutirait, en fait, notamment dans l'hypothèse d'une expertise en cours de route, à la violation de la règle de l'article 420 qui attribue compétence à des tribunaux déterminés pour la connaissance des litiges nés des contrats de transport » (2).

(1) Rapport supplémentaire de M. Coignet au Sénat.

(2) Rapport supplémentaire de M. Coignet au Sénat.

CHAPITRE VII

AUTORISATION DE CONVOQUER L'ASSEMBLÉE DES PORTEURS DE PARTS DE FONDATEURS

En vertu de l'article 2 de la loi du 23 janvier 1929 sur les parts de fondateur, le droit de convoquer l'assemblée des porteurs appartient, normalement, à la société émettrice qui peut en user chaque fois qu'elle le juge nécessaire, à la double condition de présenter un ordre du jour et de respecter les mesures de publicité imposées par la loi.

Cependant il se peut que, la société émettrice ne soit pas toujours disposée à demander l'avis des porteurs; aussi le législateur n'a-t-il pas voulu laisser la convocation de l'assemblée à son entière discrétion, et il a donné aux porteurs la faculté d'y procéder eux-mêmes, en cas d'inaction de la société. Mais il a pensé que si les porteurs jouissaient d'une trop grande liberté, ils seraient peut-être tentés d'en abuser et de se réunir sans motif suffisant. Aussi a-t-il organisé un système mixte qui tend à sauvegarder les intérêts de chacun, tout en imposant un contrôle efficace à l'exercice des droits.

« Un groupe de porteurs possédant 1/20^e des

« parts existant dans une masse peut prendre l'initiative de la convocation de l'assemblée générale.

« Il présente à cet effet à la société une demande indiquant l'ordre du jour de l'assemblée générale.

« Si dans le mois qui suit la date de cette demande l'assemblée générale n'a pas été convoquée, le groupe des porteurs de parts peut procéder, lui-même, à la convocation, en obtenant une autorisation à cet effet du président du tribunal de commerce du siège de la société » (1).

Le législateur fait donc intervenir le magistrat comme juge du bien fondé de la convocation requise par les porteurs de part.

Il convient d'examiner deux questions :

1° La qualité en vertu de laquelle le président est appelé à statuer ;

2° Le rôle qui lui est dévolu.

I. — En quelle qualité le président intervient-il ?

Certains auteurs, notamment M. Rault (2), déclarent que la juridiction compétente est la juridiction des référés. D'après eux, les demandeurs qui requièrent la convocation de l'assemblée devraient introduire un référé devant le président du tribunal de commerce qui statuerait en vertu des pou-

(1) Article 2, loi du 23 janvier 1929.

(2) *Traité théorique et pratique des parts de fondateur* p. 258.

voirs qui lui sont conférés par la loi du 11 mars 1924.

Cette opinion ne nous semble pas complètement exacte et nous la repoussons pour plusieurs motifs.

1° Il ressort du texte même de l'article 2 que le législateur a voulu donner compétence au juge des requêtes. L'article 2 dit, en effet, que le groupe des porteurs obtiendra l'autorisation du président. Or, si l'on se reporte aux diverses dispositions des codes qui prévoient l'intervention du magistrat comme juge des requêtes, il est facile de constater une similitude de rédaction entre ces divers textes et l'article 2 de la loi du 23 janvier 1929. Tous font allusion à une permission donnée par le juge et certains même l'expriment en propres termes.

Par contre, lorsque dans un cas particulier le législateur donne compétence au juge des référés, il prend le soin de le déclarer d'une manière précise, écartant ainsi toute possibilité de confusion.

Il faut donc admettre devant le silence de la loi que les porteurs devront s'adresser au juge des requêtes.

2° Si nous examinons le rapport complémentaire présenté au Sénat par M. Coignet, sur la proposition de loi relative aux parts de fondateur, nous en tirons un nouvel argument favorable à notre thèse.

Le projet de loi primitif comprenait deux par-

ties : l'une concernant les obligations émises par les sociétés, et l'autre sur les parts de fondateur. La Commission du Sénat, chargée d'examiner le projet, disjoignit la deuxième partie pour en faire une proposition distincte. Au sujet de cette dernière, le rapporteur déclare que la Commission a calqué l'organisation de la communauté d'intérêts des parts de fondateur sur celle qu'elle a proposée pour les obligataires ; or, le projet sur l'organisation des assemblées d'obligataires prévoit que les obligataires pourront, en cas de refus de la société émettrice, procéder eux-mêmes à la convocation en obtenant une ordonnance sur requête rendue par le président du tribunal.

Il y a tout lieu de croire qu'une telle indication a été simplement omise dans la loi sur les parts de fondateur et que si le législateur avait dû préciser sa pensée, il aurait adopté incontestablement les particularités du régime proposé par les obligataires ; car il n'avait aucune raison d'établir sur ce point une différence entre les porteurs de parts et les obligataires.

3° Enfin, si, nous dégageant de ces considérations de texte, nous envisageons le problème d'un point de vue plus juridique, il apparaît que la nature de l'ordonnance autorisant la convocation de l'assemblée est en opposition avec le caractère essentiel des ordonnances de référé : le respect du principal. En effet, ainsi qu'il sera expliqué plus loin, le magistrat chargé de statuer sur la demande des

porteurs doit apprécier le bien fondé de leur requête et, par conséquent, trancher la question au fond. L'on se trouve, ainsi, en dehors du domaine de la juridiction du référé où il est de règle absolue que la décision présidentielle ne doit pas faire préjudice au principal.

Ce dernier argument est décisif : il nous conduit à écarter définitivement la compétence du juge des référés pour affirmer celle du juge des requêtes.

Les commentateurs de la loi du 23 mars 1929 ont généralement négligé cette question. Ils se sont contentés de prendre parti dans un sens ou dans l'autre sans motiver leur choix et sans accorder aucun développement à ce sujet, estimant peut-être qu'il ne souffrait pas la discussion, ou, plus simplement, qu'il ne la méritait pas.

II. — Rôle du président.

Au contraire, l'étendue des pouvoirs du président et l'importance de son rôle ont retenu davantage leur attention et ils se sont appliqués à définir les limites du contrôle que le magistrat est tenu d'exercer.

Certains estiment (1) qu'il ne faut pas exagérer le pouvoir d'appréciation. D'après la thèse qu'ils

(1) RAULT. *Op. cit.*; PIOT. *Traité formulaire du nouveau régime des parts de fondateur.*

soutiennent, le président devrait seulement constater la qualité des membres du groupe demandeur, son quorum et l'inertie de la société. Mais il ne pourrait d'aucune manière se faire juge de l'opportunité de la convocation.

Une conception aussi étroite est contraire aux enseignements qui se dégagent des travaux préparatoires. En effet, les paroles du rapporteur au Sénat ne laissent aucun doute sur les intentions du législateur et sur le rôle qu'il a voulu donner au magistrat, puisqu'elles précisent que la convocation doit être effectuée « sous le contrôle du juge, afin d'éviter les convocations insuffisamment motivées ».

De plus, comme le fait remarquer M. Cordonnier (1), l'emploi du mot « autorisation » implique qu'il ne s'agit pas seulement d'enregistrer purement et simplement la demande, mais « d'écarter les demandes de convocations jugées non fondées ou intempestives ».

D'ailleurs l'on ne concevrait guère qu'il en fût autrement et l'intervention du juge ne présenterait plus les mêmes garanties s'il ne jouissait pas d'un droit de contrôle étendu.

Il faut, en conséquence, reconnaître au magistrat un large pouvoir d'appréciation. Non seulement il recherchera si les conditions de forme ont été observées, mais encore il examinera l'opportunité

(1) *Le nouveau régime des parts de fondateur.*

de la demande, c'est-à-dire les motifs invoqués à l'appui de la requête, l'ordre du jour proposé...

Ainsi, le rôle du président apparaît comme primordial, puisque c'est de sa volonté que dépend, en définitive, la convocation de l'assemblée des porteurs de parts.

CHAPITRE VIII

AUTRES INTERVENTIONS DU PRÉSIDENT

A. — L'article 93 du Code de commerce.

Cet article organise la procédure simplifiée qui est suivie en matière commerciale pour la réalisation du gage. Il prévoit que, 8 jours après une signification faite au bailleur du gage, le créancier pourra procéder à la vente publique des objets donnés en nantissement.

L'article 93 pose en principe que les ventes autres que celles rentrant dans le privilège des agents de change, seront effectuées par le ministère des courtiers. Mais il ajoute : « Toutefois, sur la requête des parties, le président du tribunal de commerce peut désigner, pour y procéder, toute autre classe d'officiers publics ».

Lyon-Caen et Renault (1) expliquent cette règle par deux raisons :

1° parfois il n'y aura pas de courtier au lieu où doit se faire la vente des objets déposés en gage, et,

2° même s'il y a des courtiers sur la place, ces derniers ne sont pas toujours particulièrement qua-

(1) *Op. cit.*, t. III.

lifiés pour apprécier la valeur de certains meubles. Les meubles meublants et les brevets d'invention par exemple seront plus exactement estimés, les premiers par le commissaire-priseur et les seconds par un notaire.

B. — Désignation d'un arbitre (1).

Nous supposons le cas où les parties qui se sont soumises à l'arbitrage ont convenu de s'en remettre au président du tribunal de commerce pour la désignation d'un arbitre. Ou bien elles ont simplement stipulé que, si elles ne s'entendent pas sur le nom de l'arbitre, le choix appartiendrait au président. Cette clause oblige-t-elle le magistrat ? Nous ne le pensons pas, car nous avons admis que le juge consulaire n'a que les attributions qui lui ont été expressément conférées par un texte et il n'existe aucune disposition de loi lui prescrivant de nommer les arbitres.

Rien ne l'empêche de procéder à cette nomination de son plein gré. Mais les parties ne sauraient l'exiger de lui.

C. — Dépôt dans un magasin public des marchandises non réclamées à l'arrivée du navire.

Lorsqu'un navire parvient à destination, tous les réceptionnaires doivent se présenter pour pren-

(1) R. MOREL. La clause compromissoire en Droit commercial. *Revue critique*, 1926, p. 534.

dre livraison des marchandises. Il peut arriver que personne ne se présente ou que les destinataires prévenus, refusent de prendre livraison.

Dans ce cas, le capitaine ou le consignataire du navire a la faculté de faire déposer les marchandises dans un magasin public. Ce dépôt est ordonné par la justice. Suivant M. Ripert, c'est le président du tribunal de commerce qui l'autorise par une ordonnance rendue sur requête (1).

D. — Ordre de réassigner.

L'article 153 du Code de procédure civile stipule que si les parties assignées ne comparaissent pas, le président autorise leur réassignation par ordonnance rendue sur requête du demandeur. Le magistrat commet un huissier pour procéder à la réassignation en même temps qu'à la signification de l'ordonnance dans le même exploit.

Suivant les auteurs (Garsonnet et César-Bru, Glasson et Tissier), cette procédure s'applique aux tribunaux d'exception et par conséquent au tribunal de commerce.

(1) *Op. cit.*

DEUXIÈME PARTIE

LE RÉFÉRÉ COMMERCIAL

CHAPITRE PREMIER

PRÉLIMINAIRES

La loi du 11 mars 1924 qui étend la procédure du référé aux matières commerciales a été incorporée à l'article 417 du Code de procédure civile dont elle forme les alinéas 2 et 3 :

« Le président du tribunal de commerce ou le
« juge qui le remplace pourra être saisi par la
« voie du référé, dans tous les cas d'urgence, à la
« condition qu'il rentrent dans la compétence des
« tribunaux de commerce. »

« Les articles 807 à 811 du Code de procédure
« civile sont applicables aux référés en matière
« commerciale. »

Antérieurement à la loi de 1924, les auteurs discutaient pour savoir s'il fallait admettre le référé en matière commerciale et, dans l'affirmative, ils se demandaient quel était le juge compétent. Les uns déclaraient que c'était le président du tribu-

nal civil parce que le tribunal civil a plénitude de juridiction, qu'il est le juge de droit commun et que toutes les matières qui n'ont pas été attribuées expressément à une autre juridiction relèvent de son autorité. Mais cette doctrine était combattue par la majorité des auteurs qui se prononçaient pour l'incompétence du président du tribunal civil. Parmi eux, d'ailleurs, l'accord n'était pas réalisé car les uns regardaient cette incompétence comme absolue (1) et les autres la considéraient seulement comme relative (2).

Les premiers invoquaient deux arguments en faveur de leur opinion. D'abord un argument de droit : la juridiction du référé constitue une juridiction spéciale, distincte de celle du tribunal civil, fonctionnant en vertu d'attributions propres et avec ses règles particulières. Or, puisque ni le Code de procédure civile, ni le Code de commerce n'ont institué la juridiction du référé devant le tribunal de commerce c'est qu'ils ont entendu l'en exclure. D'autre part, un argument de raison consistait à dire que l'absence de référé devant le tribunal de commerce est logique, car cette juridiction n'existe devant le tribunal civil qu'à raison des lenteurs de la procédure devant ce tribunal. Or, ces lenteurs ne se rencontrent pas toujours auprès du tribunal de commerce, du fait que l'on

(1) LYON-CAEN et RENAULT.

(2) GLASSON, GARSONNET et CÉZAR-BRU.

peut accomplir certaines mesures d'une façon très simplifiée.

Les partisans de l'incompétence relative déclaraient, de leur côté, que, si la juridiction des référés n'est autre chose qu'une délégation du tribunal civil, elle emprunte à celui-ci tous ses caractères ; et, par conséquent, la juridiction principale étant incompétente d'une manière seulement relative, la juridiction déléguée ne l'est pas autrement ; si, au contraire, l'on admet que le juge des référés constitue une juridiction spéciale il faut lui reconnaître plénitude d'attributions dans sa sphère. L'incompétence d'une telle juridiction ne peut être que relative pour les mêmes raisons qui font considérer comme relative l'incompétence du tribunal civil en matière commerciale (1).

Un seul auteur, Bertin (2), professait une opinion originale. Il soutenait qu'en matière commerciale le président du tribunal de commerce est incompétent parce que l'article 807 du Code de procédure civile « parle du président du *tribunal de première instance* » et non du tribunal civil. Cette opinion n'a eu, d'ailleurs, aucun succès, car elle cadre mal avec l'ensemble des textes de la matière qui visent évidemment les magistrats civils. De plus en langage de procédure, les mots « tribunal de première instance » sont synonymes de

(1) Nous empruntons ces développements à une note de M. Paul MATTER parue dans D. P. 1922. 4. 485.

(2) *Ordonnances sur requêtes et référés*, t. II, pp. 451 et s.

civil, on ne les applique jamais à la juridiction commerciale, mais, au contraire, ils sont réservés couramment au tribunal civil (1).

En ce qui concerne la jurisprudence, quelques arrêts de la Cour de cassation et quelques arrêts de Cours d'appel se sont prononcés en faveur de la compétence du président du tribunal civil; mais toutes les autres décisions judiciaires postérieures sont en sens opposé, notamment les derniers arrêts de la Cour de cassation qui affirment, d'ailleurs, le caractère relatif de cette incompétence (2): « Attendu, dit le dernier en date de ces « arrêts, que l'incompétence du juge des référés « statuant en matière commerciale, n'est que rela- « tive et qu'elle doit être invoquée *in limine litis* ».

Ainsi donc pour toutes les matières commerciales, les plaideurs, avant 1924, se trouvaient en situation d'infériorité par rapport aux plaideurs civils.

Certains auteurs objectaient que le référé était d'une nécessité moins évidente en matière commerciale qu'en matière civile, parce que la procédure commerciale est plus expéditive que la procédure civile et parce que dans plusieurs hypothèses, le législateur prescrit des mesures extrêmement simplifiées. Mais de telles raisons ne sont pas convain-

(1) MERIGNHAC et MIQUEL. *Op. cit.* t. II.

(2) Cas. civ., 17 mai 1922; D. P. 1922. 1. 155.

Cas. civ., 14 novembre 1923; D. P. 1924. 1. 55.

Cas. requêtes, 23 novembre 1927; D. P. 1928. 1. 151.

cantes, car s'il est vrai, d'une part, que pour certains cas une procédure très rapide a été établie, cette procédure n'offre pas le caractère de généralité que présente le référé : elle n'a été prévue que pour des situations particulières au delà desquelles il est impossible de l'appliquer. Et, d'autre part, s'il est exact de dire que la procédure commerciale est parfois moins lente que la procédure civile ordinaire, il convient cependant de noter qu'elle échappe aux avantages de la procédure des référés. Ainsi que le disait M. Poulle, rapporteur au Sénat, « les jugements par défaut des tribunaux de commerce sont soumis à l'opposition ; il n'est pas de même pour les ordonnances de référé par défaut qui échappent à l'opposition. Le juge des référés peut ordonner l'exécution sur minute de ses ordonnances ; les tribunaux de commerce n'ont pas ce droit. En matière de référé le délai d'appel n'est que de 15 jours : il est de deux mois pour les tribunaux de commerce. Les ordonnances de référé sont de plein droit exécutoires par provision et sans caution ; les controverses les plus vives existent, au contraire, quand ils s'agit de donner des droits aussi étendus aux tribunaux de commerce ».

Aucune raison valable ne soutenait cette différence entre les matières civiles et les matières commerciales.

C'était tellement évident que, depuis de nom-

breuses années, le législateur se préoccupait de porter remède à cet état de choses.

Plusieurs projets de loi (1) avaient été déposés en vue d'une réforme générale de l'organisation judiciaire. Mais comme il arrive souvent aux entreprises de trop grande envergure, ils se sont heurtés à de nombreuses résistances et ont fini par avorter. C'est de l'un de ces projets, celui du garde des sceaux Viviani, que la Commission de la Chambre crut devoir distraire un passage pour en faire l'objet d'un rapport spécial qui a donné naissance à la loi du 11 mars 1924. Primitivement ce nouveau projet comprenait deux articles : l'un élargissant considérablement le domaine du référé en général et l'autre instituant cette procédure devant les tribunaux de commerce. Ces deux dispositions avaient été adoptées par le Sénat avec quelques retouches, lorsqu'à la suite du dépôt d'un amendement, le premier article fut disjoint. Quant au deuxième, il suivit la marche normale des propositions de loi et fut adopté par les deux assemblées avec une légère modification de texte.

Mais au retour, devant la Chambre, un député proposa de substituer à l'ancien projet, qui comprenait deux articles, un nouveau projet qui ne comporterait que le deuxième article « car, disait-il, l'extension de la procédure des référés devant le tribunal civil et l'introduction de cette procé-

(1) Les projets ont été présentés successivement par les Gardes des Sceaux Dubost, Sarrien, Cruppi et Viviani.

dure devant les tribunaux de commerce sont deux réformes distinctes. Il y a intérêt à réaliser la seconde par un vote rapide, l'adoption du présent amendement répond à cette préoccupation en limitant l'objet de la loi ».

Là-dessus, nouveaux rapports devant les deux assemblées, suivis d'un vote sans discussion adoptant le projet de loi ainsi modifié.

On pouvait se demander à ce moment, s'il n'y avait pas intérêt à confier la pleine juridiction du référé, tant civil que commercial, au président du tribunal de première instance. C'était l'idée du projet Dubost, le plus ancien des grands projets de réforme auxquels nous avons déjà fait allusion. Tout en étendant le référé aux matières commerciales, ce projet maintenait compétence au président du tribunal civil pour statuer sur cette matière. En effet, « pour juger un référé, disait l'exposé des motifs, il est nécessaire d'avoir une connaissance approfondie du droit, et cette attribution ne peut être donnée qu'à un magistrat de profession ».

Cet argument n'a pas convaincu le législateur de 1924, qui a donné compétence au président du tribunal de commerce, car suivant les propres paroles de M. Emile Bender dans son rapport à la Chambre des députés, « les raisons qui motivent ce choix sont celles qui ont fait créer les tribunaux de commerce. La qualité de commerçant procure au juge des connaissances pratiques, grâce

auxquelles il pourra plus équitablement résoudre les difficultés d'ordre commercial, qui lui seront soumises. Il connaît les usages et la langue des affaires. Il exerce plus d'autorité sur les plaideurs également commerçants. Tant que les tribunaux de commerce seront maintenus, il sera juste de soumettre les référés commerciaux à des juges commerciaux ». Cette remarque est pleine de justesse. On ne conçoit pas, en effet, sur quelle raison il serait possible de fonder une différence entre le magistrat qui tranche le fond du procès et le juge qui statue en référé. S'il est vrai que le référé exige une promptitude de décision qui nécessite elle-même des connaissances juridiques toujours présentes à l'esprit, s'il est vrai aussi que le juge siégeant en référé n'est pas assisté de ses deux collègues comme dans les audiences ordinaires du tribunal, ces considérations ne sont pas suffisantes pour permettre d'enlever compétence au magistrat consulaire. De plus, il est facile de faire valoir que la sentence de référé ne doit ordonner que des mesures provisoires et que, laissant intact le fond du litige, les erreurs juridiques que pourraient commettre les juges, perdent une grande partie de leur importance.

C'est pourquoi le législateur de 1924 mérite approbation. Les faits sont d'ailleurs là pour le corroborer, car, parmi les décisions de référé soumises aux Cours d'appel, on ne constate point, tant s'en faut, une infériorité des ordonnances commerciales par rapport aux ordonnances civiles.

CHAPITRE II

CARACTÈRES DU RÉFÉRÉ COMMERCIAL

Comme le référé civil le référé commercial ne peut être introduit que dans les cas d'urgence. D'autre part, l'ordonnance du juge ne doit pas faire préjudice au principal, c'est-à-dire que le président n'a le droit d'autoriser que des mesures provisoires, lesquelles ne préjugent en rien le fond du procès.

Sur ces deux points qui caractérisent le référé en général il n'y a donc aucune différence entre la juridiction civile et la juridiction commerciale. Mais le domaine de cette dernière est plus restreint que celui du tribunal de droit commun. En effet, suivant les termes de la loi du 11 mars 1924, la compétence du juge des référés commerciaux est strictement limitée aux matières qui relèvent de la juridiction consulaire, aussi la connaissance d'un certain nombre de litiges échappe-t-elle à ce magistrat et notamment toutes les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement.

Dans le chapitre qui va suivre, nous nous proposons d'étudier les trois caractères du référécom-

mercial. Dans ce but, nous envisagerons successivement : l'urgence, les matières commerciales et le préjudice au principal. Nous aurons ainsi déterminé les conditions auxquelles se trouve soumis l'exercice du référé en matière commerciale.

I. — L'urgence.

Selon MM. Merignhac et Bonnet (1) l'urgence devrait être plus sévèrement appréciée au commerce qu'au civil, en raison des procédures particulièrement rapides que pratique la juridiction commerciale et notamment eu égard à la possibilité d'assigner à bref délai qui permet de faire juger un litige avec la plus grande brièveté possible.

Nous ne partageons pas entièrement cette opinion.

Certes, il y a quelques hypothèses dans lesquelles le président du tribunal de commerce a la faculté d'accorder certaines mesures conservatoires dans des conditions de célérité exceptionnelles. Mais, comme nous l'avons déjà remarqué, ces cas, limitativement énumérés par le législateur, sont en somme peu nombreux : ils consistent dans des situations étroitement définies en dehors desquelles aucune extension n'est possible. Le seul qui présente une certaine généralité et qui semblerait au premier abord enlever au référé une partie

(1) *Le Référé commercial*, p. 22.

de son importance est le permis d'assigner à bref délai. Mais une telle autorisation peut être aussi accordée par le président du tribunal civil en vertu de l'article 72 du Code de procédure civile. Ainsi, devant les juges consulaires, la procédure n'est pas beaucoup plus simple que devant les juges civils où personne ne songe à mettre en doute l'utilité du référé. Il n'y a donc aucune bonne raison d'apprécier plus sévèrement l'urgence en matière commerciale qu'en matière civile. Au contraire, l'urgence aura un domaine plus étendu dans la première hypothèse, car les affaires commerciales ne souffrent généralement aucun retard, et les situations qui exigent une solution immédiate sont extrêmement nombreuses.

La question qui se pose naturellement est de savoir ce qu'il faut entendre par l'urgence et quel sens le juge devra donner à cette expression qui est, par elle-même, extrêmement vague. Les auteurs ont cherché une formule qui serait en même temps une définition. Garsonnet et Cézard-Bru (1) proposent de regarder l'urgence comme la nécessité qui ne souffre aucun retard, le péril tellement imminent qu'une assignation, même à bref délai, ne pourrait le conjurer.

Ces auteurs distinguent, en se fondant sur les articles 72, 417 et 806 du Code de procédure civile, les demandes urgentes de celles qui requièrent

(1) T. VIII.

seulement célérité. Ces dernières étant considérées par eux comme moins pressantes que les autres et ne devant permettre qu'une assignation à bref délai, alors que les matières urgentes seules autoriseraient l'exercice du référé.

Nous repoussons cette distinction parce que ces deux expressions « demandes urgentes » et « demandes qui requièrent célérité » sont également imprécises et qu'il est impossible d'établir entre elles une ligne de démarcation bien nette. D'autre part et surtout, nous estimons que l'assignation à bref délai et le référé répondent à des besoins différents et non pas seulement à des degrés divers d'urgence ; la première procédure devant intervenir lorsqu'il importe de résoudre immédiatement le fond du litige, la deuxième étant introduite quand il s'agit d'obtenir rapidement des mesures conservatoires qui ne font aucun préjudice au principal. On ne saurait donc les réserver à telle ou telle catégorie d'affaires suivant que ces affaires seraient urgentes ou exigeraient simplement célérité. A notre avis, elles pourront être nécessaires dans l'un et l'autre cas, suivant les circonstances. C'est pourquoi nous refusons d'admettre la distinction proposée par Garsonnet et Cézár-Bru, quels que soient les arguments de texte que ces auteurs invoquent en leur faveur.

La jurisprudence a eu quelquefois l'occasion d'indiquer ce qu'il fallait entendre par l'urgence.

Un arrêt de la Cour de Paris, rendu le 3 mai

1917 (1) dit qu' « il y a urgence toutes les fois que le retard apporté à une solution provisoire et ne préjudiciant en rien le fond, met en péril les intérêts de l'une des parties ».

La même idée avait été exprimée avec plus de force et en des termes moins vagues par un arrêt antérieur de la même Cour de Paris, en date du 25 janvier 1917 (1) ; « d'après la jurisprudence invariable sur ce point, l'urgence n'existe que dans le cas de péril pressant et alors qu'en assignant devant le tribunal, même à bref délai, on ne pourrait conjurer le péril immédiat ».

De ces décisions l'on a tiré les deux principes suivants (2) :

1° Il y a urgence toutes les fois que le retard apporté à la solution provisoire qui fait l'objet de la demande pourrait mettre en péril les intérêts de l'une des parties.

2° Il n'y a pas urgence quand le péril est si peu imminent qu'en assignant devant le tribunal on pourrait encore conjurer le danger.

Ces deux propositions demeurent assez vagues. Mais il est difficile de préciser davantage, car l'urgence est une condition dont la physionomie varie avec chaque situation particulière et qu'il appartient au juge du fait de déterminer souverainement. Seule la Cour d'appel pourra réformer la

(1) D. P. 1917. 2. 114.

(2) LEROIR. Note au D. P. 1917. 2. 113.

décision du président qui échappe entièrement à la censure de la Cour de cassation. Cette dernière l'a d'ailleurs affirmé à plusieurs reprises, notamment par l'intermédiaire de sa Chambre civile le 20 juin 1921 (1) : « attendu que le juge des référés apprécie souverainement s'il y a urgence ; qu'à cet égard sa déclaration suffit... » et une deuxième fois par un arrêt de la Chambre des Requêtes, le 13 novembre 1923 (2) : « attendu qu'aux termes de l'article 806 du Code de procédure civile il y a lieu à référé dans tous les cas d'urgence ; que par cette disposition générale, la loi a abandonné à l'appréciation discrétionnaire du juge des référés les cas divers qui peuvent déterminer sa compétence ; ... attendu que ces appréciations et constatations sont souveraines et échappent, dès lors, au contrôle de la Cour de cassation... » La même idée a été reprise en matière commerciale plus brièvement, mais avec non moins de précision par un arrêt de la Chambre des Requêtes rendu le 12 janvier 1927 (3).

Une Société ne pouvait plus être régulièrement administrée par suite de la démission de deux de ses administrateurs sur trois, alors que les statuts exigeaient que le conseil fût composé de trois administrateurs au moins ; il s'agissait de réunir

(1) S. 1921. 1. 307.

(2) D. P. 1924. 1. 23.

(3) *Revue pratique de Législation et de Jurisprudence*, 1927, 2^e, p. 57.

une assemblée extraordinaire qui procéderait au renouvellement du conseil et de gérer provisoirement et jusqu'à cette époque la société, et le président du tribunal de commerce de la Seine avait nommé, avec cette mission bien limitée, un administrateur provisoire. Sur appel de la société, la Cour de Paris confirma l'ordonnance du président. Les demandeurs formèrent alors un pourvoi fondé sur la violation d'une des clauses des statuts interdisant aux actionnaires de former aucune demande en justice contre la société ou ses représentants sans avoir obtenu préalablement l'approbation de l'assemblée générale.

Mais la Cour de cassation le rejette : « attendu qu'aux termes des articles 806 et suivants du Code de procédure civile, le juge des référés est compétent pour statuer toutes les fois qu'il y a urgence et que la mesure sollicitée doit être provisoire et ne peut faire préjudice au principal » ;

« Et attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que, contrairement aux stipulations de l'article 21 du pacte social, la Société Perbal n'est plus administrée par trois administrateurs, mais par un seul : que la Cour d'appel déclare qu'il y a lieu de pourvoir au remplacement des administrateurs défailants et de nommer à la requête de la Société Nancéienne de Crédit, actionnaire et créancière de la Société Perbal, un mandataire de justice qui aura pour mission de gérer les affaires de la société et de convoquer une assemblée générale extraor-

dinaire des actionnaires dans le but de compléter le conseil d'administration; que la Cour ajoute, *par une appréciation souveraine*, qu'il y a urgence et que la mission du mandataire de justice cessera dès lors que l'assemblée générale aura pourvu à la composition du conseil; »

« Attendu que ces constatations et déclarations de la Cour d'appel, dont la décision purement provisoire n'a en aucune façon préjudicié au principal, justifient légalement l'arrêt attaqué, sans qu'il y ait lieu par suite d'examiner les griefs dirigés par le pourvoi contre d'autres motifs de l'arrêt qui peuvent être tenus pour surabondants : Par ces motifs : rejette... »

Les juges du fait jouissent en conséquence d'un pouvoir d'appréciation souverain. Mais l'urgence n'est pas toujours nettement caractérisée et il arrive que le magistrat refuse d'accorder la mesure qu'on lui réclame sous prétexte que la nécessité n'est pas évidente. C'est ainsi qu'une ordonnance (1) du président du tribunal de commerce de la Seine n'a pas autorisé, à la demande d'un seul actionnaire, la convocation d'une assemblée générale que le conseil d'administration ne voulait pas réunir. Le président estime que « la mesure sollicitée qui aurait pour effet de dessaisir le conseil d'un mandat qui lui a été régulièrement confié par les

(1) *Revue pratique de Législation et de Jurisprudence*, 1928, 2°, p. 150.

actionnaires ne pourrait être ordonnée que dans le cas où, à l'encontre des administrateurs, il serait relevé des faits d'infidélité ou apporté des preuves d'incapacité susceptibles de mettre en péril les intérêts sociaux; il n'apparaît pas qu'il en soit ainsi en l'espèce qui nous est soumise; il n'y a donc pas urgence; ainsi, à tous égards, il ne saurait y avoir lieu à référé. »

Au défaut d'urgence, on doit assimiler le défaut d'intérêt. Il est bien évident, en effet, que si une demande est repoussée parce qu'il n'y a pas péril en la demeure et que si le requérant peut, sans crainte de préjudice, agir par les voies normales, à plus forte raison, sa prétention sera rejetée s'il ne justifie d'aucun intérêt.

C'est ce qu'a décidé notamment le président du tribunal de commerce de la Seine dans une ordonnance rendue le 25 mai 1928 (1). Les époux V... voulaient prendre copie de la liste des actionnaires de la société anonyme dont ils faisaient partie et, dans cette intention, ils avaient adressé requête au juge des référés. Mais ce dernier repoussa leur prétention parce que, d'après lui, le droit de communication accordé par la loi n'entraîne pas celui de prendre copie et il ajoute : « Attendu, au surplus, que les époux V... ne donnent aucun motif pour justifier leur requête ni, par suite, l'intérêt

(1) *Revue pratique de Législation et de Jurisprudence*, 1928, 2^o, p. 173.

qu'ils ont pu avoir à l'introduire. Il n'y a donc pas lieu à référé ».

Sur appel des requérants, la Cour de Paris (1) a statué, le 21 mars 1929, dans le même sens que le président du tribunal de commerce de la Seine. Mais entre temps, la situation s'était modifiée et l'assemblée en vue de laquelle les époux V... voulaient prendre copie de la liste des actionnaires, avait eu lieu. Aussi la Cour de Paris déclare-t-elle, en confirmant l'ordonnance entreprise « que l'assemblée générale en vue de laquelle l'instance en référé a été introduite, ayant eu lieu, la demande des époux V... telle qu'elle est maintenue par l'appel formé se trouve dépourvue d'objet et la décision à intervenir frappée d'inefficacité ».

L'absence d'intérêt entraîne nécessairement le défaut d'urgence à l'égard du requérant et, par là-même, la demande se trouve irrecevable pour une double raison.

Du moment qu'il y a urgence, le référé peut être introduit alors même que les parties seraient engagées dans un litige devant les juges du fond.

La question a été résolue dans ce sens par la jurisprudence et notamment par un arrêt de la Cour de cassation que la Chambre Civile a rendu le 7 novembre 1921 (2). « L'article 806 du Code de procédure civile attribue compétence au juge des

(1) *Gaz. des Trib.*, 1929. 2. 36.

(2) D. P. 1925. 1. 165.

référés pour statuer dans tous les cas d'urgence ; et les termes généraux de cette disposition ne permettent pas de soustraire à son application le cas où les parties sont déjà engagées dans un litige devant le juge du fond ».

Commentant cet arrêt, MM. Merignhac et Bonnet (1) déclarent : « Cette décision de la Cour Suprême est parfaitement logique et rationnelle ; différemment il serait trop facile à un plaideur d'arrêter par une instance un mode de protection que la loi juge utile en cas d'urgence et dont l'opportunité apparaît peut-être précisément en raison de l'instance engagée. Sans doute, comme le fit observer le procureur général Baudoin dans ses conclusions (Cass., 2 mars et 4 mai 1910), il faut que le cas soit d'extrême urgence et le juge des référés doit se montrer beaucoup plus circonspect quand le tribunal étant déjà saisi, la solution est plus proche que dans l'hypothèse où il n'y a pas d'instance du tout. Mais sous cette réserve, l'utilité du référé apparaît, en tout cas, et l'article 806 précité l'autorise également en tout cas puisqu'il ne demande d'autre condition que l'urgence ».

Tissier (2) est du même avis. Dans une dissertation publiée au Sirey, il s'exprime ainsi : « On ne voit pas pourquoi le juge des référés ne serait pas compétent. Son rôle peut s'exercer aussi utilement

(1) *Op. cit.* p. 90.

(2) S. 1924. 1. 337

au cours d'un procès déjà engagé qu'en dehors de tout procès. Une mesure peut se trouver tout à fait nécessaire pendant l'instance, et avec une telle urgence qu'il y ait grave danger à attendre un jugement du tribunal; alors même que celui-ci est saisi incidemment et rend un jugement provisoire pour ordonner les mesures urgentes, sa décision est en général plus longue à obtenir que celle du juge des référés. Il est donc utile et juste que celui-ci reste compétent. » Cette solution que les auteurs et la jurisprudence ont proclamée en matière de référé civil, doit être étendue pour les mêmes raisons au référé commercial. En pareille hypothèse, il est vrai, le débat doit être de la compétence des juges consulaires. Mais dans le domaine ainsi limité, il faut admettre que l'urgence est à elle seule suffisante pour autoriser l'introduction du référé.

La procédure commerciale comporte, en certains cas, des mesures qui présentent une brièveté particulière. Le fait qu'une de ces mesures a été régulièrement obtenue et réalisée ne peut pas mettre obstacle à l'exercice du référé relativement au même litige. Du moment qu'il y a urgence, le demandeur conserve la faculté d'agir utilement. C'est la doctrine qui a été appliquée par la Cour de cassation dans une espèce qui lui a été soumise le 6 mai 1929 (1). Elle a décidé que, si à la

(1) D. H. 1929, p. 347.

suite d'une expertise ordonnée en vertu de l'article 106 du Code de commerce une nouvelle expertise ne peut plus être consentie en vertu du même article, aucun obstacle juridique ne s'oppose à ce qu'il soit procédé à une autre expertise, ordonnée par le président du tribunal de commerce par application de l'article 417 du Code de procédure civile d'après les règles du droit commun.

« Attendu, dit la Cour de cassation, que la loi du 11 mars 1824 qui a institué le référé commercial, a autorisé le président du tribunal de commerce à statuer par voie de référé dans tous les cas d'urgence à la condition qu'ils rentrent dans la compétence du tribunal de Commerce; que cette loi, sans abroger les dispositions de l'article 106, n'a pas imposé d'autres conditions que celles ci-dessus rapportées ».

Ainsi donc, l'urgence suffit à permettre l'introduction du référé et la clause des statuts qui interdit à tout actionnaire d'engager une action en justice contre la Société ou son Conseil d'administration, sans avoir, au préalable, saisi de sa prétention l'Assemblée des actionnaires, ne peut être invoquée en matière de référé, car, de même que l'exprime une ordonnance du président du tribunal de commerce de Nancy du 2 juin 1930 (1) : « Le référé est une procédure qui a pour objectif de faire statuer aussi rapidement que possible dans les affaires urgentes, mais uniquement d'une

(1) J. S., 1930, pk. 685.

manière provisoire, le principal étant toujours réservé ; ces prescriptions d'ordre public ne peuvent être tenues en échec par les statuts d'une société ; à supposer que l'application de ces derniers puissent être invoqués au regard d'une action normale devant un tribunal, elle doit, par contre, être rejetée en matière de référé qui présume l'urgence, sans aller à l'encontre du but que le législateur a envisagé ».

Cependant pour que le président du tribunal de commerce soit compétent, il ne suffit pas qu'il y ait urgence.

II. — Matière commerciale.

En effet, la loi du 11 mars 1924 décide que le président du tribunal de commerce ne doit être saisi que dans les hypothèses qui rentrent dans la compétence du tribunal de commerce. Ce principe est parfaitement logique et l'on ne concevrait guère qu'une juridiction déléguée telle que la juridiction du référé ait des attributions plus étendues que la juridiction dont elle émane.

Un exposé détaillé du domaine commercial n'entre pas dans les limites de ce travail ; qu'il nous suffise de rappeler les principaux chefs de compétence établis par le Code de commerce et par les lois annexes, et autour desquels se répartissent les affaires commerciales.

Les juges consulaires exercent leur activité dans cinq catégories d'hypothèses différentes.

Ils statuent :

1° sur les difficultés relatives aux actes de commerce (art. 631, 1° et 3°, C. com.) ; 2° sur toutes celles concernant les billets à ordre et les chèques par cela seul qu'un des signataires est obligé commercialement ; 3° sur les contestations entre associés à raison d'une société de commerce ; 4° sur les contestations en matière de faillite ; 5° enfin sur les actions contre facteurs, commis des marchands ou leurs serviteurs pour le fait seulement du trafic des marchandises auxquels ils sont attachés.

C'est dans les mêmes limites que s'exercera l'activité du juge des référés. Afin de faciliter sa tâche, le tribunal de commerce de la Seine a prévu, dans une « note sur l'application de la loi relative au référé commercial » les principaux cas dans lesquels le président est appelé à intervenir. A cet effet, il a déclaré qu'ils sont susceptibles de référer les litiges portant sur les espèces suivantes :

A. FOND DE COMMERCE.	{	Nomination de séquestre du prix et des billets.
<i>Vente de fonds, non répartition du prix.</i>	{	Nomination d'administrateur du fonds.
<i>Abandon de fonds.</i>	{	Nomination d'administrateur.
B. MARCHANDISES CONTESTÉES.	{	Nomination de séquestre des marchandises ou du prix.
	{	Expertise contradictoire.
<i>Marchandises périssables ou à cours variable, ou grevées de frais de garde et d'entretien.</i>	{	Nomination de séquestre avec mission de vendre.

<i>Marchandises non livrées.</i>	{ Nomination de courtier assermenté chargé d'acheter en remplacement du non-livré. { Autorisation de prendre livraison contre-consignation des sommes.
C. CONSTATATIONS MATÉRIELLES URGENTES. <i>Vente à l'encan, disparition d'actif, liquidation de matériel ou marchandises, travaux, malfaçon, abandon, danger.</i>	{ Nomination d'huissier pour constat. { Nomination d'expert, avec au besoin mission de vérifier, réparer, consolider ou terminer les travaux.
D. TRAITES SANS PROVISION, VOLÉES OU SÉRIEUSEMENT CONTESTÉES.	{ Nomination de séquestre avec mission d'encaisser ou de conserver.
E. SOCIÉTÉS ANONYMES ET AUTRES.	{ Administrateurs provisoires.
F. AFFAIRES D'ACCIDENTS.	{ Enquêtes ne préjugant pas le fond.

Les premières décisions qui ont été rendues après la promulgation de la loi du 11 mai 1924 affirment catégoriquement ce caractère de commercialité que doit revêtir l'affaire soumise à l'appréciation du magistrat. Une ordonnance émanant du président du tribunal de commerce de Dax l'a posé en principe et en a fait une application intéressante. Elle a jugé que la fourniture d'énergie électrique par le concessionnaire d'une ville à un industriel est un acte commercial. Par conséquent, lorsque des difficultés s'élèvent entre le concessionnaire fournisseur du courant et l'abonné au sujet de la souscription d'une nouvelle police et

qu'à la suite de cette discussion, le concessionnaire supprime le courant, le juge du référé commercial peut, sans préjudice au fond, prescrire le rétablissement provisoire du courant pour assurer la marche d'une usine, sous la réserve que l'action au principal sera engagée à bref délai.

Une autre application intéressante a été faite par le président du Tribunal de Besançon le 25 janvier 1926 (1). Il s'agissait de savoir si, un colis postal ayant été perdu, on pouvait demander au juge consulaire du référé une mesure urgente et provisoire. Le président a refusé d'intervenir en déclarant que suivant la loi du 12 juillet 1905, le juge de paix est seul compétent en cette matière, alors même que l'acte serait commercial au regard des deux parties;

« Attendu que l'article 417 du Code de procédure civile modifié par la loi du 11 mars 1924 limite expressément la compétence du président du tribunal de commerce ou du juge qui le remplace saisi par la voie du référé, aux seules matières dont la compétence appartient à la juridiction consulaire. »

Ainsi donc les pouvoirs du président se trouvent nettement définis puisqu'ils sont limités aux matières qui relèvent de la compétence consulaire.

Il faut donc exclure toutes les difficultés relatives à l'exécution des jugements. En effet, les articles 442 et 553 du Code de procédure civile

(1) *Gaz. Pal.*, 1926. 1. 633.

enlèvent la connaissance de ces litiges aux tribunaux de commerce pour l'attribuer exclusivement aux tribunaux civils.

Le rapporteur de la loi de 1924 l'avait si bien compris qu'il en a fait une application au cas particulier des incidents relatifs à la saisie-arrêt et il conclut de la manière suivante qui ne laisse aucun doute sur ses intentions et montre qu'il a mesuré toute la portée de sa loi.

« Le droit d'autoriser la saisie et le droit de la juger sont deux actes distincts ; le premier ne constitue qu'un acte conservatoire, tandis que le second est un acte d'exécution. Et dès lors, on conçoit très bien que la loi refuse ce droit aux tribunaux de commerce, puisqu'ils ne peuvent connaître de l'exécution de leurs jugements. De par la volonté du législateur, les pouvoirs du président du tribunal de commerce statuant en référé sont donc plus restreints que ceux du président du tribunal civil. »

Plusieurs décisions ont appliqué le principe suivant lequel le président du tribunal de commerce est incompétent pour toutes les mesures relatives à l'exécution d'un jugement. Nous citerons notamment l'arrêt rendu par la Cour de Paris le 19 octobre 1925 (1).

Un tribunal de commerce avait condamné le vendeur de certains appareils à reprendre ces

(1) S. 1926. 2. 25.

appareils à l'acheteur et à rembourser le prix. L'acheteur s'est refusé à rendre les appareils litigieux ; le vendeur s'est alors adressé au président du tribunal de commerce qui a désigné un ingénieur expert chargé de procéder à l'enlèvement des appareils sur consignation du prix à la Caisse des Dépôts. Appel fut alors interjeté par l'acheteur et la Cour de Paris mit à néant l'ordonnance du président du tribunal de commerce en déclarant qu'elle avait été incompétemment rendue.

« Considérant qu'aux termes de l'article 442 du Code de commerce, les tribunaux de commerce ne connaissent point de l'exécution de leurs jugements ; considérant qu'il suit de là que le président du tribunal de commerce est incompétent pour connaître en référé des difficultés relatives à l'exécution d'un jugement du tribunal de commerce ; considérant que cette règle qui résulte du texte de la loi est aussi précisée dans les travaux préparatoires ; considérant qu'il s'agissait en l'espèce d'une difficulté relative à l'exécution d'un jugement du tribunal de commerce ; par ces motifs, dit l'ordonnance du président du tribunal de commerce incompétemment rendue et la met à néant. »

La même doctrine a été affirmée par la Cour de cassation le 17 avril 1929 (1). Mais dans cet arrêt, se conformant au principe suivant lequel l'article 442

(1) *Gaz. Palais*, 1929. 2. 63.

du Code de procédure civile ne doit pas être appliqué aux décisions qui tendent non à exécuter le jugement mais à le compléter, la Chambre Civile a validé l'ordonnance du président du tribunal de commerce qui autorise un liquidateur à prendre toutes les mesures urgentes nécessitées par l'administration du fonds de commerce qu'il est chargé de liquider.

« Attendu, dit l'arrêt de la Cour Suprême, que le juge des référés commerciaux, sans ordonner aucun acte effectif d'exécution s'est uniquement fondé sur le précédent jugement pour prescrire une mesure conservatoire de simple administration, rendue nécessaire par ce jugement et pour assurer provisoirement la gestion d'un fonds de commerce menacé de périr sans cette mesure ; ainsi l'ordonnance et l'arrêt attaqué qui l'a confirmé n'ont ni violé les dispositions de l'article 442 du Code de procédure civile ni dépassé la compétence du juge des référés en matière commerciale. »

La règle que nous avons posée ne subit d'exception qu'en matière de faillite. Les articles 635 du Code du commerce et 59, combinés, « attribuent juridiction au tribunal de commerce qui a déclaré la faillite pour tout ce qui concerne l'exécution de ce jugement (1). » Il faut en conclure que le président sera aussi compétent pour ordonner en référé toutes les mesures urgentes et provisoires dont la nécessité se trouvera démontrée.

(1) GARSONNET et CÉSAR-BRU. *Op. cit.*, t. I,

La seule question discutée par la Jurisprudence est celle de savoir si la loi du 41 mars 1924 a abrogé la loi du 31 juillet 1913 qui attribue compétence au président du tribunal civil pour autoriser en référé le paiement du prix de fonds de commerce nonobstant opposition. Plusieurs décisions ont déclaré que depuis l'institution du référé commercial, le président du tribunal civil n'est plus compétent. Nous relevons dans ce sens une ordonnance du président du tribunal de commerce de la Seine rendue le 28 mars 1924 (1) et une ordonnance du président du tribunal civil d'Avranches en date du 9 janvier 1925 (2). Ce dernier déclare qu'il a été incompétemment saisi « parce que le président du tribunal de commerce qui est autorisé à statuer en état de référé se trouve, dès lors, désigné pour statuer à la place du président du tribunal civil (qui jusqu'alors n'était désigné que parce que le référé n'existait pas) dans l'hypothèse prévue par ladite loi du 31 juillet 1913 ». La même théorie est adoptée le 14 janvier 1927 (3) par le président du Tribunal civil de Châlons-sur-Marne qui se déclare aussi, incompétent, dans une situation identique, et renvoie les parties à se pourvoir devant la juridiction commerciale.

De son côté la Cour d'appel de Paris l'a pro-

(1) *Gaz. Palais*, 1924. 2. 159.

(2) *Gaz. Palais*, 1925. 1. 660.

(3) *Revue pratique*, 1927, 2^o, p. 70.

clamé le 25 mars 1926 (1) en validant une sentence du président du tribunal de commerce qui ordonnait le paiement du prix d'un fonds de commerce nonobstant opposition.

« Considérant que la loi du 31 juillet 1913 dispose qu'un pareil cas il doit être statué par le président du tribunal civil, mais que cette disposition édictée parce que la juridiction commerciale en référé n'était pas établie à cette époque, se trouve modifiée par la loi du 11 mars 1924, laquelle a complété l'article 417 du Code de procédure civile et décide que le président du tribunal de commerce pourra être saisi par voie de référé, dans tous les cas d'urgence, à la condition qu'ils rentrent dans la compétence des tribunaux de commerce. »

Et la Cour de Paris ajoute :

« Considérant que la demande principale est
« portée devant le tribunal de commerce, que la
« demande de mainlevée d'opposition est un inci-
« dent occasionné par la demande principale, c'est
« à bon droit qu'à raison de l'urgence, la demande
« de mainlevée a été portée devant le président du
« tribunal de commerce et que ce magistrat a
« renvoyé les parties à se pourvoir au principal et
« ordonné par provision vu l'urgence la mainle-
« vée de l'opposition s'il n'y avait pas d'autres
« créanciers ou opposants. »

Mais cette théorie n'est pas admise à l'unanimité

(1) *Gaz. Palais*, 1926, 2. 52.

et l'on peut citer la Cour de Lyon qui, par un arrêt du 14 décembre 1925 (1) s'est prononcée en sens inverse. Le président du tribunal civil de Saint-Etienne avait refusé d'accorder mainlevée d'opposition sous prétexte qu'il s'agissait d'une affaire commerciale et que, par suite, c'était au président du tribunal de commerce de se prononcer sur le litige.

La Cour de Lyon a réformé cette ordonnance et les raisons qu'elle invoque méritent d'être citées.

« Attendu que la loi du 11 mars 1924 qui a institué la procédure des référés en matière commerciale a donné compétence aux présidents des tribunaux de commerce pour statuer en référé dans tous les cas d'urgence à la condition qu'ils rentrent dans la compétence des tribunaux de commerce ; que, retenant que ces tribunaux constituent des juridictions d'exception, on ne saurait étendre leur compétence en dehors des causes qui leur ont été attribuées par la loi ; que spécialement l'article 442 du Code de procédure civile leur interdit de connaître de l'exécution de leurs jugements, l'article 593 du même Code donnant à cet effet compétence exclusive aux tribunaux de première instance ; qu'il suit de là que toutes les procédures d'exécution sont de la compétence des tribunaux civils, notamment les incidents relatifs aux saisies-arrests même précédées d'une condamnation

(1) *Gaz. Palais.*, 1926. 1. 341.

commerciale ou autorisées par ordonnance du président du tribunal de commerce, en vertu des articles 172 du Code de commerce et 417 du Code de procédure civile, aucune disposition légale n'attribuant à la juridiction commerciale la connaissance de ces procédures.

« Attendu que la loi du 31 juillet 1913, modifiant l'article 3 de la loi du 17 mars 1909, donne compétence spéciale au président du tribunal civil statuant en référé, en matière de mainlevée d'opposition faite sans titre, sans cause ou nulle en la forme, à la condition qu'il n'y ait pas d'instance engagée au principal ; que cette loi n'a pas été modifiée ou abrogée par la loi du 11 mars 1924 créant le référé commercial ; qu'il s'agit là d'une procédure d'exécution dont la connaissance échappe aux juges consulaires ; qu'en effet l'opposition pratiquée en vertu de la loi de 1909 par un créancier du vendeur sur le fonds de commerce vendu est le premier acte de poursuites d'exécution, le but du créancier étant de se faire payer sur le prix de vente du fonds de son débiteur au moyen d'une véritable saisie-arrêt abrégée ou implicite, mais dont les effets sont les mêmes, à savoir l'immobilisation de deniers entre les mains d'un tiers saisi, d'où il suit que le président du tribunal civil de Saint-Etienne, proclamant sa compétence, aurait dû examiner d'abord s'il y avait une instance engagée au principal et, en cas

de négative, rechercher si l'opposition litigieuse reposait sur un titre ou une cause valable. »

.
Ainsi donc, la Cour de Lyon invoque deux arguments en faveur de sa théorie. D'abord elle pense que la mainlevée d'une opposition au paiement du prix d'un fonds de commerce doit être regardée comme une procédure d'exécution dont la connaissance échappe aux juges consulaires ; et, en second lieu, elle estime que la loi du 11 mars 1924 ayant une portée générale ne peut déroger aux règles spéciales de la loi du 31 juillet 1913.

Ces deux raisons ne manquent pas de valeur :

1° On peut considérer, en effet, suivant la formule de Garsonnet et Cézard-Bru que l'opposition faite sur le prix d'un fonds de commerce est le préliminaire d'une poursuite d'exécution.

Il s'ensuit que le tribunal de commerce et son président seront incompétents pour statuer sur les demandes en validité ou en mainlevée de cette opposition, car la jurisprudence en décide ainsi pour toutes les saisies, même pour la saisie conservatoire commerciale, bien que celle-ci soit aux termes de l'article 417 du Code de procédure civile autorisée par le président du tribunal de commerce (1).

2° Le deuxième argument invoqué par la Cour de Lyon paraît avoir, lui aussi, une certaine

(1) D. P. 1927. 2. 5 et 97.

importance, bien qu'il soit affirmé sans l'appui d'aucune démonstration. Il repose, en effet, sur un principe très solide, en vertu duquel une loi générale ne peut abroger tacitement une loi spéciale. Ainsi que l'écrivent Aubry et Rau : « l'abrogation tacite supposant une incompatibilité formelle, elle ne saurait, quand aux lois qui règlent des matières spéciales, découler de la promulgation d'une loi générale postérieure à moins que l'intention contraire du législateur ne résulte clairement de l'objet ou de l'esprit de cette loi : *legi speciali per generalem non derogatur*. Les lois spéciales ne peuvent donc, en général, être tacitement abrogées que par des lois spéciales nouvelles ».

Or, il ne semble pas que l'intention du législateur de 1924 ait été d'abroger la règle posée par le législateur de 1913. En effet, la loi de 1924 est beaucoup trop générale pour qu'il soit possible de soutenir qu'elle a entraîné la caducité de certaines dispositions de la loi de 1913, dispositions qui n'ont, par ailleurs, aucune incompatibilité avec l'organisation du référé commercial.

La dernière sentence qui ait été rendue sur cette question est une ordonnance du président du tribunal civil d'Oran du 8 avril 1930 (1). Ce magistrat semble admettre que la loi du 11 mars 1924 a abrogé celle du 31 juillet 1913. Mais il ajoute : « attendu que le président du tribunal de com-

(1) D. H. 1930, p. 343.

merce n'est compétent pour statuer par voie de référé que dans les matières qui rentrent dans la compétence des tribunaux de commerce.

« Or, attendu qu'il a été maintes fois jugé que si la compétence du tribunal de commerce pour statuer sur la validité de l'opposition se justifie lorsque la créance est commerciale, c'est au tribunal civil qu'il appartient de statuer si la créance est civile.

« En conséquence, le président du tribunal civil d'Oran se déclare compétent car la créance éventuelle en vertu de laquelle l'opposition a été formée est essentiellement civile. »

Ainsi donc, ce magistrat se fonde sur la qualité de la créance source de l'opposition pour décider si compétence doit être donnée au juge civil ou au juge commercial et il justifie en somme sa décision par le principe suivant lequel *accessorium sequitur principale*.

La question ne paraît pas résolue et l'on peut dire qu'elle restera en suspens tant qu'un arrêt de la Cour de cassation ne viendra pas mettre fin aux incertitudes des cours d'appel et des présidents de tribunaux.

Puisque le juge consulaire des référés ne doit intervenir que dans un litige commercial, il est incompétent en matière civile et en matière administrative. Mais quelle est la nature de cette incompétence? Absolue sans aucun doute. La juridiction des référés est une juridiction déléguée. Il

faut donc lui appliquer les règles qui gouvernent la juridiction dont elle émane. Or, l'unanimité de la doctrine et de la jurisprudence proclame que le tribunal de commerce est incompetent d'une manière absolue, en dehors du domaine qui lui a été assigné expressément par le législateur. La compétence de son président participe du même caractère et, par conséquent, « l'exception d'incompétence peut être opposée par les deux parties. Elles peuvent l'invoquer en tout état de cause, car on ne peut supposer ni qu'elles aient renoncé à un moyen d'ordre public ni qu'elles l'aient fait valablement. L'eussent-elles fait, leur renonciation ne serait pas valable, le président serait tenu de se déclarer d'office incompetent (1). »

III. — Préjudice au principal.

Le caractère particulier de l'ordonnance de référé est de ne pas faire préjudice au principal. Cette décision est essentiellement provisoire en ce sens qu'elle ne doit pas être de nature à lier les juges chargés de statuer sur le fond du litige.

Mais il ne faut pas donner une fausse interprétation à ce caractère.

Une mesure qui laisse intact le fond du droit n'est pas nécessairement de courte durée « car — suivant Garsonnet et Cézard-Bru — si elle tombe de

(1) GARSONNET et CÉZARD-BRU. *Op. cit.*, t. I

plein droit au cas où le tribunal compétent ne la confirme pas en statuant au fond, elle peut durer indéfiniment dans le cas où la partie à qui elle fait grief ne porte pas la question au fond devant ce tribunal » (1).*

D'autre part, il convient de ne pas confondre préjudice au principal et dommage. En effet, sans porter atteinte au fond du droit, une ordonnance de référé peut faire à celui contre qui elle est prononcée un préjudice important et parfois même irréparable.

Un exemple célèbre en cette matière est l'affaire des porteurs français d'actions de la Franco-Wyoming Oil Cy, qui mérite d'être relatée avec quelques détails. Pour faciliter en France la circulation des actions nominatives de la Franco-Wyoming Cy, une société fut constituée; le Trust de porteurs français. Elle avait pour objet la création de certificats au porteur en représentation des actions nominatives de la Franco-Wyoming Cy, l'échange de ces certificats contre les actions qu'ils devaient représenter, le dépôt de ces actions dans les caisses de la société, la restitution éventuelle des actions contre remise des certificats, enfin le paiement aux porteurs des certificats des dividendes versés au Trust par la Franco-Wyoming et afférents à ces actions représentées par les certificats. Aux termes d'un contrat intervenu le 2 février

(1) *Op. cit.*, t. VIII, p. 395.

1910 entre la Franco-Wyoming Cy et le Trust français, les porteurs desdits certificats, lorsqu'ils veulent assister ou se faire représenter aux assemblées générales, reçoivent du Trust un pouvoir à cet effet, contre dépôt de leur certificat, et faute par eux de remplir cette formalité, ils sont de plein droit représentés par le Trust lui-même. Quelques propriétaires d'actions ainsi représentées par des certificats ont formé devant le tribunal de commerce de la Seine une demande tendant à faire déclarer nulle cette dernière disposition qui donne au Trust le droit de voter pour tous les actionnaires qui se sont abstenus de déposer leurs certificats entre ses mains dans le délai fixé par les statuts ou ont été empêchés de le faire. En même temps, ils ont saisi le président du tribunal de commerce statuant en référé d'une demande en nomination de séquestre de toutes les actions nominatives détenues par le Trust, afin de neutraliser en vue de l'assemblée générale la Cause litigieuse.

Nous laissons délibérément de côté le fond de l'affaire qui dépasserait le cadre de notre sujet et nous nous contentons d'envisager la question de référé qui a été jugée dans cette affaire.

Le président du tribunal de commerce de la Seine à l'appréciation duquel le litige était soumis refusa de nommer le séquestre demandé « motif « pris de ce que la mesure sollicitée préjugerait le « fond du débat au principal ». La Cour de Paris

saisie en appel réforma, le 28 novembre 1924 (1), la décision du président du tribunal de commerce, « considérant que si le séquestre des actions est de « nature à gêner le Trust temporairement dans « l'exercice d'un droit auquel il prétend et qui lui « est contesté, il n'aurait pas pour effet de faire « disparaître l'objet lui-même de l'instance au « principal et de la rendre inutile, que, par suite, « on ne peut dire qu'elle préjugerait le fond ».

Cette décision applique donc en matière commerciale l'interprétation du préjudice au principal admise devant les tribunaux civils. En effet, l'article 809 du Code de procédure civile (les ordonnances de référé ne feront aucun préjudice au principal) défend seulement de prendre une décision qui enlèverait son intérêt au procès engagé sur le fond de droit et ne laisserait pas intacte la question qui est soumise aux juges devant lesquels le procès est porté (1).

C'est exactement le cas qui s'est posé devant la Cour de Paris. La nomination du séquestre pourra gêner les administrateurs du Trust et paralyser leur action durant un certain temps. Mais une fois la question réglée au principal, s'ils obtiennent gain de cause, ils recouvreront toute leur liberté et dans une prochaine assemblée générale, ils mettront en acte les moyens dont ils auraient été privés temporairement.

(1) S. 1924. 2. 49 et note Rousseau.

Une extension intéressante du principe que nous étudions a été faite par un arrêt de la Cour de cassation rendu le 25 novembre 1929 (1). Le débat mettait en regard l'autorité d'une ordonnance qui invitait l'assemblée d'une société anonyme à ajourner la réunion jusqu'à l'examen des comptes par un expert et les pouvoirs de l'assemblée qui avait passé outre. Il a été tranché en faveur de l'assemblée générale. Comme l'a écrit M. Bourcart (2) « s'il est établi que l'ordonnance de référé, à cause de son caractère essentiellement provisoire, ne lie pas le juge du fond, ne doit-on pas dire qu'en matière de société par actions le juge du fond est tout d'abord l'assemblée générale chargée d'examiner toutes les questions d'intérêt social et de les trancher sauf recours à la justice ? L'assemblée générale ne fonctionne-t-elle pas comme un juge social du fond, du moins au premier degré sous le contrôle de la justice ?... Si le rôle normal de l'assemblée générale est d'examiner au point de vue du fond et de trancher les questions sociales, elle ne doit pas, non plus, être liée dans son appréciation du fond par l'ordonnance de référé qui a un caractère provisoire ».

En matière commerciale la jurisprudence a eu quelquefois l'occasion de définir, ce caractère provisoire que doit revêtir l'ordonnance de référé.

(1) S. 1930. 1. 243.

(2) Note au S. *Id.*

1^o Fait préjudice au principal l'ordonnance de référé qui s'appuie sur un titre contesté. C'est la solution qu'a proclamée un arrêt de la Cour de Paris statuant sur appel de référé le 27 mai 1927 (1).

« Il est de principe qu'un titre ne s'impose au juge des référés que lorsque sa régularité et sa validité ne sont pas contestées ; il suffit que la contestation dont il est l'objet apparaisse au juge comme sérieuse pour que celui-ci ne soit pas tenu d'y avoir égard ». En effet, se fonder sur un titre contesté pour ordonner une mesure provisoire, c'est admettre implicitement la validité de ce titre et trancher par là-même une question qui relève seulement de l'autorité du juge du fond.

2^o On ne saurait demander au juge des référés d'interpréter une disposition légale et d'en fixer les modalités d'application. C'est ainsi que le président du tribunal de commerce statuant en référé, est incompetent pour accorder le droit de prendre copie de la liste des actionnaires d'une société anonyme, car cette question est, en effet, discutée en doctrine et en jurisprudence.

Un arrêt de la Cour de Paris a statué dans ce sens le 21 mars 1929 (2).

« Attendu qu'il est demandé à la Cour de se prononcer pour des éventualités non précisées, par une affirmation de principe sur la signification

(1) *Revue pratique de Législation et de Jurisprudence*, 1928, 2^o, p. 45.

(2) *Gazette des Tribunaux*, 1929. 2. 36.

« et la portée de l'article 35 de la loi de 1867 et de
 « régler par une formule définitive les modalités
 « d'application de ce texte ;

« Que le juge des référés est absolument incom-
 « pétent pour connaître et trancher ces questions
 « qui exigent l'interprétation jusqu'à présent con-
 « troversée, tant en doctrine qu'en jurisprudence,
 « d'une disposition de la loi et dont la solution ne
 « peut être acquise sans l'évocation et l'examen du
 « fond du droit ».

3° Par contre, la nomination d'un administrateur provisoire chargé de gérer temporairement une société ne doit pas être considérée comme une mesure qui préjuge le fond du procès. Cette nomination peut être valablement faite par le juge des référés, même si ce dernier déclare qu'elle est rendue nécessaire par l'échec de l'assemblée générale à qui incombait normalement la charge de choisir l'administrateur. La Cour de cassation a décidé, en effet, le 6 février 1929 (1) que cette déclaration n'était autre chose que la justification légale de la sentence rendue par le juge des référés et qu'elle ne devait pas être regardée comme une décision statuant sur la nullité de l'assemblée générale.

4° De même, le fait qu'il a été procédé à une première expertise ne s'oppose pas à ce que le juge des référés en ordonne une deuxième. Le prési-

(1) S. 1929. 1. 88.

dent du tribunal de commerce de Fécamp avait affirmé, le 31 mars 1924 (1) qu'en pareil cas la nomination de nouveaux experts constitue un préjudice au principal. Cette thèse a été repoussée par la Cour de cassation qui a décidé, le 6 mai 1929 (2) que, si à la suite d'une expertise ordonnée en vertu de l'article 106 du Code de commerce, une nouvelle expertise ne peut être consentie en vertu du même article, aucun obstacle juridique ne s'oppose à ce qu'il soit procédé à une autre expertise, ordonnée par le président du tribunal de commerce par application de l'article 417 du Code de procédure civile, d'après les règles du droit commun.

Car — dit la Cour de cassation — « la loi du 11 mars 1924 qui a institué le référé commercial a autorisé le président du tribunal de commerce à statuer par voie de référé dans tous les cas d'urgence à la condition qu'ils rentrent dans la compétence du tribunal de commerce, et cette loi, sans abroger les dispositions de l'article 106, n'a pas imposé d'autres conditions que celles ci-dessus rapportées ».

Puisque l'ordonnance de référé n'accorde que des mesures provisoires, elle ne saurait être retenue par le juge du principal comme ayant l'autorité de la chose jugée. Cette double idée, affirmée par une jurisprudence constante en matière civile

(1) *Gaz. Pal.*, 1924, 1. 673.

(2) D. H. 1929, p. 347.

a été consacrée en matière commerciale par un arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 1928 (1).

« Le juge du référé ne statue que provisoirement sur les difficultés qui lui sont soumises en cas d'urgence et aux termes de l'article 809 du Code de procédure civile auquel renvoie la loi du 11 mars 1924, instituant le référé en matière commerciale, ses décisions ne font aucun préjudice au principal ; les parties conservent donc le droit de poser à nouveau devant le juge du fond et de faire juger par lui, en sens contraire, les questions déjà résolues en référé ».

Et la Cour ajoute :

« Que la même règle s'applique à l'arrêt qui, rendu sur l'appel d'une ordonnance de référé, participe du même caractère ».

« Mais la mesure prescrite par le juge du référé a un caractère définitif en ce sens qu'après l'avoir ordonnée, il est dessaisi comme tout juge qui a rendu un jugement. Si donc elle n'a point l'autorité de la chose jugée au principal, comme nous l'avons précisé, elle l'a quant à la portée provisoire de la décision rendue en référé. On ne pourrait donc, en principe, soumettre une seconde fois le point tranché dans une première décision, à moins que la situation préexistante n'ait été modifiée soit en droit, soit en fait. Dès lors, les ordonnances de

(1) *Revue pratique de législation et de jurisprudence*, 1928. 2, 138.

référé peuvent être assimilées à des jugements provisoires en ce sens que, si les mesures une première fois décidées paraissent inutiles ou insuffisantes, il sera permis de revenir devant le président et de solliciter de lui une nouvelle ordonnance modifiant la première. D'autre part, à la condition de ne pas substituer une nouvelle ordonnance à l'ancienne, le juge du référé pourra, en cas de difficulté, interpréter les obscurités de la sentence rendue. Ce faisant, il n'excède pas ses pouvoirs; il ne rétracte pas sa décision première; bien au contraire, il l'éclaire et en rend l'exécution plus facile (1) ».

D'autre part, il sera toujours possible d'agir en référé même si une action civile en dommages et intérêts se trouve déjà engagée devant la juridiction répressive. En effet, suivant un arrêt rendu par la Chambre des Requêtes le 23 novembre 1927 (2) la règle *electa una via non datur recursus ad alteram*, ne concerne pas le juge des référés. Par conséquent, ce magistrat peut valablement statuer sur une demande de sa juridiction, même lorsque cette demande dépend d'une action civile déjà engagée devant la juridiction répressive. Et si la demande en référé a été formée avant l'action en dommages et intérêts, elle ne constitue pas un obstacle à l'exercice de l'action civile devant la juridiction

(1) MÉRIGNHAC et MIQUEL. *Op. cit.*, t. II, p. 240.

(2) D. P. 1928. 1. 151. Note ANDRÉ HENRY.

répressive, car le fait d'agir en référé ne doit pas être assimilé à un choix exercé en faveur de la juridiction civile. Pour que la règle *electa una via* soit applicable, il faut qu'il y ait identité d'objet entre les demandes. Or, le référé qui intervient seulement en cas d'urgence a pour but l'octroi de mesures provisoires qui ne sauraient préjuger de la solution du fond du procès. Il est donc toujours distinct de la demande principale et ne doit pas être confondu avec elle. Il faut en conclure que la partie lésée peut toujours y recourir, soit avant, soit pendant l'exercice de son action civile devant le tribunal répressif.

CHAPITRE III

EXERCICE DU RÉFÉRÉ

Sous ce titre nous rechercherons d'abord quel est le juge compétent et qui peut se pourvoir en référé. Nous analyserons ensuite la procédure de référé proprement dite. Enfin, nous envisagerons l'ordonnance en elle-même et nous en reproduirons une à titre d'exemple.

I. — Quel est le juge compétent ?

Il convient d'examiner la question au double point de vue de la compétence *ratione materiæ* et de la compétence *ratione loci*.

1° *Compétence ratione materiæ*. — Nous avons vu que le magistrat chargé de statuer en référé dans les affaires qui relèvent de la compétence du tribunal de commerce est le président de ce tribunal ou le juge qu'il a délégué à cet effet.

Mais le juge civil saisi par erreur peut-il rendre valablement une sentence si les parties n'ont pas opposé *in limine litis* l'exception d'incompétence ? Ou bien doit-il se dessaisir en tout état de cause, quel que soit le moment où les parties invoquent

l'exception ? En un mot, son incompétence est-elle absolue ou relative ?

La décision la plus récente de la Cour de cassation sur ce sujet est un arrêt émanant de la Chambre des Requêtes et rendu le 23 novembre 1927 (1). Il confirme la théorie adoptée par la Cour Suprême antérieurement à l'introduction du référé en matière commerciale et d'après laquelle l'incompétence du juge civil n'est que relative et doit, par conséquent être invoquée *in limine litis*.

Cette solution est conforme au principe suivant lequel la juridiction des référés étant une juridiction déléguée, ne saurait avoir des caractères autres que ceux de la juridiction dont elle émane. Or, les tribunaux civils, ayant plénitude d'attributions à l'égard des tribunaux consulaires, peuvent valablement connaître des affaires commerciales lorsque les parties sont d'accord pour les en saisir. Il en sera de même pour le juge des référés.

Cependant, certains auteurs (2) soutiennent la thèse contraire parce que, disent-ils, le choix du président du tribunal de commerce comme juge du référé commercial est fondé sur une raison d'ordre public, parce que la juridiction du référé est une juridiction exceptionnelle qui ne peut intervenir que dans les cas où un texte formel lui attribue compétence et qui, à plus forte raison, devient

(1) D. P. 1928. 1. 151.

(2) MERIGNHAC et BONNET. *Op. cit.*

absolument incompétente quand un texte précis donne compétence à une autre juridiction.

Nous repoussons ces arguments. D'une part, les raisons qui ont déterminé le choix du magistrat consulaire comme juge des référés commerciaux sont les mêmes que celles qui ont présidé à l'établissement des tribunaux de commerce. D'autre part, la juridiction des référés n'est pas une juridiction exceptionnelle au même titre que les tribunaux de commerce et les justices de paix, car dans le cadre des matières urgentes et provisoires, les pouvoirs du magistrat sont absolument illimités. Il ne s'agit donc pas d'une juridiction d'exception au sens habituel du mot et ce serait méconnaître sa véritable nature juridique que de la considérer comme telle.

2° *Compétence ratione loci.* — La loi du 11 mars 1924 est muette sur ce point. En l'absence de réglementation spéciale, il convient d'appliquer le droit commun commercial et d'attribuer compétence suivant l'article 420 du Code de procédure civile au tribunal du domicile du défendeur ou à celui de l'arrondissement dans lequel la promesse a été faite et la marchandise livrée, ou enfin à celui du lieu dans lequel le paiement devrait être effectué.

Il faut aussi tenir compte en référé des compétences spéciales établies en matière de société, de

faillite et de liquidation judiciaire, de garantie ou d'élection de domicile.

En matière de référé civil il est de jurisprudence absolument constante que les parties peuvent s'adresser au juge des référés du lieu où les mesures urgentes doivent être prises, alors même que la compétence pour juger le fond appartiendrait au tribunal d'un autre arrondissement (1).

La loi du 11 mars 1924 ne contient aucune disposition d'où l'on puisse conclure que le législateur a entendu proscrire l'extension de ce principe au référé commercial.

Aussi une ordonnance du président du Tribunal de Romans en a-t-elle fait l'application dès le 14 mai 1924.

Le destinataire d'un lot de laiton avait fait citer en référé à Romans son expéditeur à l'effet de voir désigner un expert avec mission de constater le poids réel de ce lot et la présence d'une proportion d'environ 15 0/0 de soudures. L'expéditeur déclinait la compétence du président parce que le tribunal de commerce de Marseille où il avait son domicile, étant seul compétent pour connaître le fond du procès, le président de ce tribunal serait aussi compétent à l'exclusion de tous autres pour statuer un état de référé.

L'ordonnance déclare que, si le tribunal consulaire de Marseille apparaît comme seul compétent

(1) R. JAPIOT. *Revue trimest.*, 1924, p. 734.

pour connaître du fond du litige, il ne s'ensuit pas que le juge du lieu où les constatations doivent être faites soit incompetent pour les ordonner (1).

En conséquence, elle commet un expert demeurant à Romans avec mission d'examiner l'objet de l'expédition litigieuse.

Cette solution a été approuvée à l'unanimité et avec juste raison semble-t-il. Il n'est pas rare, en pratique, de voir un acheteur refuser des marchandises pour non-conformité avec la commande. Dès qu'il apprend la contestation, le vendeur, avec une précipitation exagérée, assigne l'acheteur devant le tribunal de commerce de son propre domicile au bénéfice d'une attribution de compétence contenue dans une facture reçue sans protestation. S'il n'était pas permis à l'acheteur de faire expertiser la marchandise dans ses magasins, il courrait le risque d'un procès loin de sa résidence, avec les inconvénients et les frais qui en résulteraient. Au lieu qu'une expertise, rapidement diligentée devant son juge commercial des référés, peut éteindre le procès et amener rapidement une transaction acceptable.

II. — Qui peut se pourvoir en référé ?

Les auteurs et notamment Garsonnet et Cézard-Bru déclarent que tout demandeur est recevable

(1) *Gaz. Pal.*, 1924. 2. 181.

en référé : le tuteur, le mineur émancipé, le prodigue, le faible d'esprit (mais non les personnes qui sont dans un état complet d'aliénation mentale), les communes et établissements publics sans nulle autorisation, ni assistance.

Les auteurs estiment que toutes ces personnes n'ont été soumises aux formalités de l'autorisation ou de l'assistance que pour les instances où le fond du droit est engagé et qu'on se conforme à l'esprit de la loi en les dispensant de ces formalités lorsqu'il s'agit d'obtenir une décision sans influence au principal. D'autre part, disent-ils, l'urgence qui justifie le référé est incompatible avec la nécessité d'obtenir une autorisation spéciale qui entraîne forcément un certain retard.

Par contre, pour la femme mariée, la question n'est pas résolue d'une façon aussi nette. L'on admet qu'elle pourra agir sans autorisation simplement dans des cas exceptionnels, notamment si le mari est absent.

Pour l'étranger, on se demande s'il faut lui permettre d'agir sans exiger qu'il fournisse la caution *judicatum solvi*. Suivant certains auteurs, la caution ne serait pas nécessaire parce qu'en référé il ne peut y avoir lieu à des dommages et intérêts et que la condamnation aux dépens y est l'exception. Cette théorie se heurte à la généralité des termes de l'article 166 du Code de procédure civile qui n'est lui-même que l'application du principe contenu dans l'article 16 du Code civil. « Il faudrait

donc, pour ne pas appliquer ce texte, au cas qui nous occupe, une exception législative formelle ».

III. — Procédure du référé (1).

Ou bien les parties sont d'accord et se présentent volontairement devant le magistrat, ou bien — ce qui est plus fréquent — elles ne s'entendent pas et il est alors procédé par voie d'assignation devant le juge.

Dans ce cas, il faut distinguer trois manières d'introduire le référé : 1° le référé à l'audience, porté par assignation ou sur placet, à l'audience tenue par le président ; 2° le référé sur l'heure porté en vertu d'un permis spécial du président à l'heure indiquée sur l'assignation et même un jour de fête, soit à l'audience tenue par le président, soit à son hôtel ; 3° enfin, le référé par renvoi devant le tribunal.

Cette distinction tient au degré d'urgence que présente la contestation, en sorte que la même difficulté peut, suivant les cas, s'introduire de l'une ou de l'autre de ces trois manières.

A. — PROCÉDURE DU RÉFÉRÉ ORDINAIRE

La demande est portée à l'audience spéciale de référé tenu par le président du tribunal ou le juge

(1) MERIGNHAC et MIQUEL. *Op. cit.*, t. II ; GARSONNET et CÉZAR-BRU. *Op. cit.*, t. VIII.

qui le remplace aux jours et heures indiqués chaque année par un règlement affiché dans l'auditoire.

Devant le tribunal de commerce de la Seine (1), les demandeurs ou leurs mandataires prennent jour auprès du greffier et présentent à cet effet leur dossier et un projet d'assignation. La date de l'audience leur est indiquée sur-le-champ ; elle est fixée de manière que la signification aussitôt faite permette le dépôt d'une copie et des dossiers entre les mains du greffier au plus tard le matin de la veille de l'audience. Muni la veille de l'audience de la copie d'assignation et des pièces, le greffier remet le tout au président de l'audience qui peut ainsi examiner préalablement l'affaire.

Le défendeur est assigné régulièrement par exploit d'huissier. Cette assignation, rédigée dans la forme ordinaire des ajournements, comporte les mentions suivantes : 1° la date (jour, mois et an) ainsi que les nom, demeure et immatricule de l'huissier ; 2° les nom, prénoms, profession et domicile du demandeur ; 3° les nom, prénoms, profession et domicile du défendeur avec mention de la personne à laquelle copie de l'exploit est remise ; 4° l'objet de la demande et l'exposé sommaire des moyens ; 5° l'indication du tribunal du référé et le délai à comparaître. Elle est signifiée

(1) *Note sur l'application de la loi relative au référé commercial.*

aux termes du droit commun à personne ou au domicile.

Quel est le délai de comparution ? Cette question est discutée à cause du silence de la loi. Il semble, cependant, que vu l'urgence, le président a un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si le délai mentionné dans l'assignation était suffisant et si le défendeur a eu le temps d'organiser sa défense.

La citation en référé est-elle interruptive de prescription ?

Les auteurs l'admettent, mais la Cour de cassation ne s'est pas ralliée à leur doctrine. « Elle a décidé que la citation en référé, ne contenant pas de conclusions sur le fond, ne pouvait pas être assimilée à la citation en justice dont parle l'article 2244 du Code civil » (1) et que, par conséquent, elle n'avait aucun effet sur la prescription.

Dans tous les cas, enfin, la citation en référé n'a pas le pouvoir d'arrêter l'exécution de la mesure à laquelle elle a pour objet de s'opposer. Mais les auteurs estiment que l'exécution poursuivie malgré l'assignation en référé, expose le poursuivant à des dommages et intérêts au cas où le magistrat viendrait à décider que l'opposition se trouvait fondée.

B. — RÉFÉRÉ SUR L'HEURE

Cette procédure, réservée aux affaires qui requièrent une célérité exceptionnelle, n'est possible

(1) PICARD. Dans Planiol et Ripert, *Traité pratique*, t. III.

qu'après une autorisation préalable du président.

Elle consiste à porter le référé à l'audience ou en l'hôtel du président, même un jour férié et en dehors des heures légales en vertu d'une assignation qui peut être donnée de jour à jour ou d'heure à heure.

La permission préalable du président sera toujours indispensable et pour l'accorder ce magistrat appréciera les motifs exceptionnels d'urgence sur lesquels la requête est fondée.

Mais cette appréciation est uniquement relative au mode d'assignation et elle ne saurait engager le juge quant à la recevabilité du référé.

L'ordonnance qui autorise le référé sur l'heure n'est pas signifiée et s'exécute sur la minute. Mais le président doit commettre un huissier qui procède à l'assignation, faute de quoi son ordonnance pourrait être annulée.

Les seuls cas dans lesquels le référé pourra s'introduire sur l'heure sans autorisation du président sont ceux prévus à l'article 418 du Code de procédure civile dans les affaires maritimes où il existe des parties non domiciliées.

C. — RÉFÉRÉ RENVOYÉ DEVANT LE TRIBUNAL.

Suivant MM. Mérignhac et Bonnet, le président du tribunal de commerce peut, comme le président du tribunal civil, renvoyer le référé à l'audience du tribunal.

Il évite ainsi de se prononcer tout seul sur une question particulièrement délicate et, au sujet de laquelle il éprouve quelques doutes.

Cette manière d'introduire le référé a été prévue par le décret du 30 mars 1808, article 60, qui s'exprime ainsi :

« Les contestations relatives... seront réservées
« à la chambre où le président siège habituelle-
« ment.

« Il en sera de même des renvois de référés à
« l'audience, sauf au président à renvoyer à une
« autre chambre s'il y a lieu. »

Ce texte concerne le président du tribunal civil et il convient de se demander s'il faut l'étendre au président du tribunal de commerce.

Il semble que l'intention du législateur de 1924 ait été d'introduire en bloc, en matière commerciale, toutes les règles du référé civil, exception faite cependant pour les particularités de la procédure civile qui seraient en opposition avec les principes de la procédure commerciale (ex. : connaissance de l'exécution des jugements). Donc si l'on s'en tenait uniquement à l'esprit de la loi, il ne faudrait reconnaître au juge commercial, comme au juge civil, le droit de renvoyer le référé devant le tribunal.

Mais cette conception ne saurait être admise étant donné que le législateur de 1924 a négligé de rendre applicable aux juridictions consulaires la disposition du décret de 1808. Les tribunaux

de commerce sont des juridictions d'exception et toute modification de leur compétence doit être fondée sur une disposition légale formelle. En l'absence de texte explicite, il n'est pas possible de faire état des intentions du législateur. Un tel procédé ne serait plus une interprétation de la loi, ce serait ajouter à un texte une règle qu'il n'a jamais contenue. C'est pourquoi nous repoussons la théorie de MM. Mérignhac et Bonnet pour nous rallier à celle que soutiennent Glasson et Tissier et qu'ils résument ainsi : « Le président du tribunal de commerce ne pourrait renvoyer le référé à juger au tribunal de commerce, car le décret du 30 mars 1808 n'a pas été rendu sur ce point applicable aux référés en matière commerciale (1) ».

Il ne faut pas confondre le référé renvoyé à l'audience avec le cas où le président ordonne la jonction du référé à une instance déjà pendante. Les auteurs sont d'accord pour reconnaître ce droit au juge des référés s'il estime qu'il y a indivisibilité ou connexité étroite entre la mesure provisoire et le fond du litige : ce faisant, écrivent MM. Mérignhac et Bonnet (2), le juge « exerce son pouvoir « absolu d'appréciation et use d'un droit indénia-
« ble ».

(1) *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, t. II, p. 578.

(2) *Op. cit.*, p. 121.

IV. — Ordonnance de référé.

A. — NATURE DE L'ORDONNANCE

L'ordonnance de référé est un véritable jugement (1). Elle est rendue publiquement après un débat oral.

Le juge est assisté du greffier qui, sous sa dictée écrit la décision, la signe avec lui et y mentionne qu'il était présent et qu'il a signé. La minute signée est déposée au greffe et expédition en sera délivrée pour l'exécution.

L'ordonnance contient les mentions exigées pour les jugements par l'article 141 du Code de procédure civile, auquel renvoie l'article 433, même Code, pour les matières commerciales :

1° la date et l'indication du lieu où elle a été rendue ;

2° le nom du magistrat qui l'a rendue et du greffier. Lorsque le président est empêchée et qu'un autre juge le remplace, il convient de signaler cet empêchement, car cette mention est requise sous peine de nullité de l'ordonnance ;

3° les nom, profession et domicile des parties ;

4° l'exposé du fait et de la prétention du demandeur ;

5° les motifs ;

(1) MÉRIGNHAG et MIQUEL, GARSONNET et CÉZAR-BRU.

6° et le dispositif, partie fondamentale de l'ordonnance.

Tous les auteurs sont d'accord pour déclarer que l'ordonnance de référé doit être motivée. Cela, disent-ils, ne fût-ce que pour mettre la cour d'appel à même d'apprécier la valeur de la décision du président et prouver qu'il n'a pas commis de déni de justice. Garsonnet et Cézar-Bru ajoutent : « ces ordonnances ne rentrent pas dans l'énumération des décisions judiciaires qui peuvent très exceptionnellement se passer de motifs, et qu'on n'objecte ni leur caractère provisoire, ni le fait qu'elles sont rendues par un seul juge, car les jugements préparatoires et provisoires doivent être motivés toutes les fois qu'ils n'émanent pas d'un pouvoir discrétionnaire, et l'on n'a jamais soutenu que le juge de paix, qui, lui aussi, statue seul, soit dispensé de motiver ses ordonnances ».

Lorsque le président a permis d'assigner en son hôtel, les débats n'ont pas lieu en public et l'ordonnance n'est pas prononcée publiquement, Le greffier n'assiste pas le président, et, par conséquent, ne signe pas l'ordonnance.

La décision n'est pas déposée au greffe et l'on transcrit la minute à la suite ou en marge de l'assignation.

Dans les cas d'absolue nécessité, le juge peut ordonner l'exécution de son ordonnance sur la minute. Le président et le greffier signent la

minute et le greffier la remet à la partie qui la fait exécuter et la rétablit ensuite au greffe.

B. — SIGNIFICATION DE L'ORDONNANCE

La signification doit avoir lieu à personne ou à domicile, à peine de nullité ; mais il n'est pas nécessaire de respecter le délai ordinaire de 24 heures qui doit s'écouler entre la signification et l'exécution, sauf si le magistrat a prescrit de l'observer.

Lorsque l'ordonnance est exécutoire sur la minute, le demandeur a cependant intérêt à la signifier pour faire courir le délai d'appel dont cette signification est le point de départ.

C. — EXÉCUTION DES ORDONNANCES

L'ordonnance de référé est exécutoire par provision et sans caution si le juge n'a pas ordonné qu'il en serait fourni une.

Lorsqu'il y a lieu de fournir caution (1), les auteurs discutent pour savoir s'il faut appliquer les règles ordinaires du Code de procédure civile à la présentation et à la réception de la caution. C'est l'avis du président de Belleyrne. Toutefois, certains auteurs (2) estiment, à juste titre, que ces

(1) La caution peut consister en un cautionnement personnel ou en numéraire.

(2) GARSONNET et CÉZAR-BRU.

formalités ne seraient guère compatibles avec l'urgence qui est la caractéristique du référé.

Les ordonnances sont exécutées par les mêmes officiers publics et dans la même forme que les jugements. Cette exécution a lieu soit sur la grosse, soit sur la minute quand le juge a décidé qu'il en serait ainsi, vu l'extrême urgence. Dans ce dernier cas un huissier est commis pour remettre ensuite l'ordonnance aux minutes du greffe.

En principe, l'ordonnance doit être enregistrée avant son exécution. Cependant le président peut dispenser de l'enregistrement préalable lorsqu'il ordonne l'exécution sur la minute. Dans ce cas, l'ordonnance est rendue, en général, à la charge de la faire enregistrer dans les trois jours.

Enfin, toute ordonnance de référé, même rendue par défaut, peut s'exécuter pendant trente ans.

D. — FORMULE D'ORDONNANCE DE RÉFÉRÉ.

Dans sa note relative à l'application du référé commercial le tribunal de commerce de la Seine, propose la formule suivante :

« Le président du tribunal de commerce de...,
« tenant l'audience des référés au palais du tribu-
« nal, à..., a rendu l'ordonnance dont la teneur
« suit :

« L'an..., le..., heure de..., Nous, président du
« tribunal de commerce de... (ou juge au tribu-
« nal de commerce de..., remplissant les fonctions

« de président à cause de l'empêchement de M. le
« président) assisté de... (nom, prénoms..., greffier ;

« Ouï M^e..., demandeur,

« Ouï M^e..., défendeur ;

(Si le défendeur ne comparait pas, on met : « Donnons défaut contre M. ..., non comparant, ni per-
« sonne pour lui quoique dûment appelé).

« Attendu... (motifs de l'ordonnance).

« Au principal, renvoyons les parties à se pour-
« voir, mais dès à présent, et par provision, vu l'ur-
« gence, ordonnons : ... (dispositif de l'ordon-
« nance).

« Disons que la présente ordonnance sera exécu-
« tée par provision nonobstant appel (on peut ajou-
« ter : à la charge de donner caution), (si l'ordon-
« nance est exécutoire sur minute, on met : sur
« minute et avant enregistrement) à la condition de
« la faire enregistrer dans les trois jours et com-
« mettons ... huissier-audiencier pour rétablir au
« greffe la minute de la présente ordonnance.

« (Si l'ordonnance est par défaut on ajoute) : Com-
« mettons ... huissier-audiencier pour signifier au
« défaillant la présente ordonnance (dans le cas
« où l'exécution sur la minute a été ordonnée) ; et
« opérer au greffe rétablissement de la minute.

« Et avons signé avec le greffier.

« Signature du président et du greffier. »

CHAPITRE IV

VOIES DE RECOURS

Dans cette partie, nous nous demanderons si les voies de recours ordinaires et extraordinaires sont susceptibles d'atteindre l'ordonnance de référé et, pour résoudre cette question, nous envisagerons successivement chacune de ces voies de recours : opposition, tierce opposition, appel, pourvoi en cassation et requête civile.

I. — L'opposition.

Cette voie de recours est écartée par l'article 809 du Code de procédure civile, qui le déclare expressément « les ordonnances de référé ne seront pas susceptibles d'opposition ».

Les auteurs expliquent cette disposition impérative de la loi par le caractère provisoire des ordonnances de référé, qui ne font aucun préjudice au principal.

Mais cette raison n'est pas absolument convaincante car si elle a véritablement guidé le législateur lorsqu'il s'est agi de rejeter l'opposition, pourquoi ne l'a-t-elle pas aussi conduit à condamner l'ap-

pel ? Une telle distinction entre ces deux voies de recours ne paraît ni bien fondée, ni très compréhensible.

Les auteurs qui sont tous d'accord pour écarter l'opposition contre l'ordonnance ne s'entendent plus lorsqu'il faut décider si l'arrêt d'appel rendu par défaut sur référé est susceptible d'opposition.

Suivant les uns, il faudrait interpréter strictement l'article 809 du Code de procédure civile et considérer que, seules, les sentences de référé, rendues en premier ressort, ne donnent pas ouverture à l'opposition lorsque le défendeur a fait défaut. En effet l'article 809 ne parle que des ordonnances. Il est donc parfaitement inapplicable aux arrêts de la cour d'appel. C'est un texte exceptionnel, dérogatoire au droit commun et qui, par le fait même, n'est susceptible d'aucune extension.

Cette doctrine n'est pas admise par l'ensemble de la jurisprudence mais elle a été adoptée par la Cour de cassation qui l'a proclamée, notamment dans un arrêt du 15 mars 1891 (1) : « attendu, dit-elle, que l'opposition est une voie de droit commun ouverte aux défaillants pour attaquer les décisions de justice rendues à leur préjudice ; que ce principe fondamental du droit de défense ne reçoit d'exception que dans les cas expressément déterminés par la loi ; attendu que l'article 809 du Code de procédure civile décide que les ordonnances sur

(1) D. P. 92. 4. 55.

référé ne seraient pas susceptibles d'opposition ; que le même article qui règle, dans ses deux derniers paragraphes le mode de procéder en appel ne reproduit pas cette prescription et se borne à disposer que l'appel des référés sera jugé sommairement ; il en résulte que la voie de l'opposition reste ouverte à l'égard des arrêts de défaut rendus en matière de référé ».

Cependant, suivant MM. Mérignhac et Bonnet (1) « la solution inverse paraît préférable ; l'article 809 précité, en parlant de l'ordonnance, la suit évidemment dans toutes ses manifestations, car on ne voit pas, si l'opposition paraît inutile en première instance, comment on la jugerait utile en appel. L'intérêt en jeu reste le même, et les inconvénients de l'opposition ne changent pas avec le degré de juridiction ».

Ce raisonnement, très logique en lui-même, se heurte à ce fait que l'article 809 étant un texte exceptionnel, contraire au droit commun, doit être interprété restrictivement et que, par conséquent, il n'est susceptible d'aucune extension.

II. — La tierce opposition.

La question de savoir s'il faut admettre la tierce opposition contre les ordonnances et les arrêts de référé est très discutée en doctrine et en jurispru-

(1) *Op. cit.*, p. 160.

dence. Certains auteurs (Mérignhac, Tissier), contestent l'existence de cette voie de recours et ils invoquent plusieurs arguments à l'appui de leur thèse. Ils soutiennent tout d'abord que la tierce opposition est parfaitement inutile en matière de référé parce que la décision est essentiellement provisoire et qu'elle ne doit faire aucun préjudice au principal. Ensuite, ils déclarent qu'il faut étendre, par analogie, la prohibition de l'article 809 du Code de procédure civile à la tierce opposition et la regarder en conséquence comme irrecevable. Ils ajoutent que les textes réglementant cette voie de recours ne mentionnent pas spécialement les décisions de référé et que certainement les ordonnances de référé, sinon les arrêts, sont exclues de ces dispositions légales. Enfin, ils font remarquer que les tiers ne se trouvent pas lésés par l'absence de tierce opposition car ils peuvent toujours agir par voie de référé, moyen tout aussi efficace que la tierce opposition.

Tous ces arguments ne sont pas restés sans réplique et les auteurs qui se prononcent en faveur de la recevabilité de la tierce opposition les ont vigoureusement critiqués.

Leurs réponses ont été particulièrement développées par M. Maurice Costes dans un article sur la protection des droits des tiers spécialement devant le juge des référés (1) et par M. René Japiot

(1) *Revue trimestrielle*, 1924, pp. 273 et s.

dans une chronique de jurisprudence en matière de procédure civile (1). Ces deux auteurs invoquent d'ailleurs les mêmes considérations pour arriver au même résultat. Nous nous inspirons de leurs études pour exposer la doctrine à laquelle ils se rallient.

1° Quant à l'utilité de la tierce opposition, ils la démontrent facilement, car s'il est vrai que l'ordonnance de référé ne doit pas faire préjudice au principal ni par conséquent porter atteinte aux droits des tiers, il n'en est pas moins certain que les mesures prescrites ont parfois des conséquences fâcheuses et même irréparables. Et ce serait une erreur de croire qu'elles ne blessent jamais les intérêts de ceux qui n'ont pas été parties à l'instance. En effet, suivant M. Japiot « cette forme de tierce opposition ne suppose pas du tout que les droits des tiers sont atteints ; elle suppose seulement que les intérêts des tiers peuvent être atteints en fait, et cela peut se produire aussi bien pour une décision de référé que pour un jugement sur le fond ».

2° D'autre part, dire que la prohibition de l'article 809 doit être étendue à la tierce opposition, c'est aller à l'encontre du principe fondamental suivant lequel une règle exceptionnelle, qui déroge au droit commun, doit être interprétée dans le sens le plus étroit et ne donner lieu à aucune analogie.

Suivant les termes d'une ordonnance de référé

(1) *Revue trimestrielle*, 1929, pp. 1151 et s.

du président du tribunal civil de Toulouse du 27 décembre 1922 citée par M. Costes (1) : « l'ordonnance de référé doit être soumise à toutes les voies de recours organisées par le législateur à moins d'exception formellement édictée par ce dernier ; une exception de ce genre est constituée par l'article 809 du Code de procédure civile qui interdit l'opposition aux ordonnances de référé ; cette exception ne saurait être étendue et en particulier la tierce opposition ne saurait être interdite ; ici il s'agit non plus d'une partie qui n'a pas répondu à l'assignation, mais d'étrangers aux débats susceptibles d'être atteints, et peut-être définitivement, par le préjudice que peut leur causer l'ordonnance, malgré le caractère provisoire de celle-ci et parfois même en raison de ce qu'elle est de plein droit exécutoire par provision ; il serait donc injuste en dehors de texte impératif de sacrifier d'aussi légitimes intérêts à un prétendu motif d'urgence ». Ainsi la prohibition de l'article 809 ne saurait être étendue à la tierce opposition.

3° Faut-il s'arrêter à l'objection suivant laquelle la tierce opposition étant une voie de recours extraordinaire qui ne peut jouer que dans les hypothèses expressément prévues par le législateur doit être écartée quand il s'agit du référé, parce que rien dans les Codes ne la consacra en cette matière ?

(1) *Revue trimestrielle*, 1924, p. 281, note 1.

Il ne semble pas. Car ainsi que l'écrit M. Japiot(1) : « peu importe que les textes ne parlent pas expressément parmi les décisions susceptibles de tierce opposition, des décisions de référé ; la généralité des termes du Code est suffisante pour que celles-ci y soient comprises de plein droit, dès lors qu'elles ne présentent pas de différence avec les autres à ce point de vue. La question est un peu plus délicate pour les ordonnances de référé que pour les arrêts sur appel de ces ordonnances, puisqu'il n'est pas douteux que la tierce opposition est ouverte contre les arrêts tandis qu'on peut se demander en l'absence de spécification légale si elle est ouverte contre les ordonnances ; mais ceci encore ne semble pas devoir arrêter finalement, car le texte est assez général pour pouvoir comprendre si cela est rationnel toutes les décisions contentieuses fût-ce des ordonnances contentieuses. »

4° Enfin, quant à repousser la tierce opposition parce qu'une autre voie légale tout aussi efficace (le référé) est ouverte au tiers lésé, nous nous y refusons car « l'existence d'une autre voie, même aussi avantageuse et identique dans son résultat, ne suffit pas à établir *ipso facto* la non-existence de la première ; il y a bien des cas, en droit, et notamment en procédure, où une personne à laquelle deux voies sont ouvertes pour arriver à un résultat ne peut pas être dépouillée de l'une

(1) *Revue trimestrielle*, p. 1153.

par l'interprète sous prétexte qu'il y en a une autre, et où la partie en cet état a tout simplement le droit de choisir entre les deux voies, souvent même sans avoir besoin de justifier des motifs de l'option qu'elle aura exercée (1) ».

Ainsi donc, comme l'exprime un arrêt de la Cour de Paris rendu le 24 juin 1929 (2), « il n'y a pas lieu de rechercher si le tiers opposant a à sa disposition un autre moyen d'éviter le préjudice que lui causera l'ordonnance de référé, la loi n'ayant pas exigé pour ouvrir l'accès de la tierce opposition à une partie qu'il ne lui reste plus que cette voie de recours pour paralyser l'exécution d'une décision qui lui fait grief et à laquelle elle est demeurée étrangère ». La Cour de Paris ajoute : « les seules conditions imposées pour que la tierce opposition soit recevable sont, d'une part, que le tiers opposant n'ait pas été appelé à l'instance, et, d'autre part, que le jugement entrepris puisse préjudicier à ses droits ».

Ces arguments paraissent décisifs et il ne semble pas que l'on puisse mettre en doute la recevabilité de la tierce opposition. L'utilité de cette voie de recours ne souffre aucune discussion et son fondement juridique est solidement établi.

(1) JAPIOT. *Revue trimestrielle*, *op. cit.*

(2) *Gaz. Pal.*, 1929. 2. 819.

III. — L'appel.

Si l'opposition contre les ordonnances de référé a été formellement interdite par le Code de procédure, il n'en est pas de même de l'appel dont l'article 809 consacre la recevabilité. Ce texte déclare que l'appel pourra être interjeté dans les cas où la loi autorise cette voie de recours, c'est-à-dire contre une décision rendue en premier ressort (objet d'une valeur indéterminée ou supérieure à 1.500 francs), revêtant un caractère contentieux et n'ayant pas reçu acquiescement des parties en litige.

L'article 809 ajoute que le délai pour interjeter appel est de quinzaine à dater du jour de la signification du jugement. Il déclare, enfin, que l'appel sera jugé sommairement et sans procédure.

L'affaire est portée devant la cour tout entière. Mais celle-ci n'a pas plus de pouvoir que n'en a le président du tribunal: elle ne peut ordonner que des mesures provisoires qui ne portent aucun préjudice au principal. Cependant, suivant une jurisprudence constante, la cour peut évoquer le fond et statuer sur le tout par un seul et même arrêt. La question avait été discutée antérieurement à l'extension du référé aux matières commerciales, car certaines cours prétendaient que, pour pouvoir évoquer l'affaire du fond, il fallait que le juge d'appel fût compétent pour connaître du litige et que les lois

n'admettant pas le référé commercial, le juge du référé était, en ce cas, incompétent au premier et au second degré de juridiction. Depuis la loi du 11 mars 1924 cette controverse a perdu tout intérêt et nous la rappelons seulement pour mémoire.

En matière de référé commercial comme en matière de référé civil, la cour peut donc évoquer le fond si les conditions posées dans l'article 473 du Code de procédure civile se trouvent réalisées, c'est-à-dire :

1° si la cour infirme l'ordonnance qui est soumise à son appréciation ;

2° si l'affaire est en état d'être jugée.

L'appel ne présente en notre matière aucun caractère particulier si ce n'est qu'il peut être immédiatement interjeté puisque l'exécution provisoire est de droit, même sans caution, si le juge n'a pas ordonné d'en fournir une.

IV. — Le pourvoi en cassation.

Les auteurs ne s'entendent pas sur le point de savoir s'il faut admettre cette voie de recours contre les ordonnances de référé. Une opinion repousse le pourvoi parce que l'ordonnance ne prescrit que des mesures provisoires ne touchant pas au fond et que les décisions purement provisoires ne donnent pas ouverture à cassation.

Garsonnet et Cézard-Bru professent une solution différente. Pour eux, en principe, l'ordonnance de

référé ne donne pas ouverture à cassation « car il suffit de la faire rapporter ou modifier par le juge lui-même si les circonstances ont changé depuis qu'elle a été rendue, ou de se pourvoir au principal pour la faire reformer en cas contraire ». La seule exception admise par ces auteurs est le cas d'incompétence ou d'excès de pouvoir.

Nous préférons adopter la théorie de MM. Mérignhac et Miquel (1) d'après qui le pourvoi est recevable parce qu'il n'est prohibé par aucun texte. En effet, l'article 809 du Code de procédure civile ne repoussant que l'opposition, il en résulte que toutes les autres voies de droit commun sont ouvertes contre les ordonnances et les arrêts de référé.

Les règles générales de recevabilité du pourvoi en cassation s'appliqueront à notre matière, notamment le principe suivant lequel cette voie de recours n'est ouverte qu'à l'encontre d'une décision rendue en dernier ressort.

V. — La requête civile.

Les auteurs ne s'accordent pas non plus sur cette voie de recours.

Garsonnet, Cézar-Bru, Mérignhac et Miquel la repoussent. Mais elle est admise par le président

(1) *Op. cit.*

de Belleyme à l'avis duquel nous nous rangeons, car on ne voit pas pourquoi, en l'absence de texte prohibitif, cette voie de recours extraordinaire devrait être écartée en matière de référé.

CONCLUSION

Les ordonnances sur requête et les ordonnances de référé présentent de nombreux caractères communs. Rendues les unes et les autres par le même magistrat dans des circonstances analogues, elles se ressemblent au point que l'on aurait parfois tendance à les confondre. Mais prétendre identifier la requête et le référé serait méconnaître leurs différences respectives que l'on peut dégager au terme de cette étude.

Ces différences se révèlent soit dans le domaine de ces deux juridictions, soit dans la nature de la mesure prescrite par le magistrat, soit dans les voies de recours dont l'ordonnance est susceptible, soit enfin dans la procédure proprement dite de ces deux interventions du président :

1° Quant au domaine respectif de ces deux juridictions nous avons noté que si la loi du 11 mars 1924 accorde au président du tribunal de commerce le droit de statuer en référé dans tous les cas urgents qui relèvent de la compétence des tribunaux consulaires, nulle part le législateur n'a posé un principe aussi général en ce qui concerne le droit de répondre aux requêtes qui lui sont adres-

sées. En conséquence, seules les hypothèses expressément prévues par les textes autorisent l'introduction d'une requête alors que la simple urgence suffit pour que la procédure du référé soit mise en mouvement.

2° En ce qui touche le caractère de la mesure prescrite, le juge des requêtes jouit des pouvoirs qui lui sont conférés par les textes et qui varient considérablement suivant les situations dans lesquelles il est appelé à intervenir. Parfois, la mesure est seulement provisoire : la nomination d'un expert par exemple ou l'exercice d'une saisie conservatoire. D'autres fois, elle résoud le fond du litige, c'est le cas de l'ordonnance qui autorise le paiement d'une lettre de change perdue ou volée, où le juge préjuge l'attribution du droit de propriété. Au contraire, le juge des référés ne peut jamais porter atteinte au principal et son ordonnance, toujours provisoire, est inévitablement réformée lorsqu'elle touche au fond du procès.

3° Quant aux voies de recours, l'ordonnance de référé peut être attaquée par toutes les voies de recours sauf par l'opposition que l'article 809 écarte expressément. Au contraire, les ordonnances sur requêtes ne peuvent être l'objet des voies de recours normales ordinaires et extraordinaires que lorsqu'elles présentent un caractère contentieux indubitable. Mais quand elles prescrivent des mesures purement gracieuses, elles ne peuvent être atteintes que par la voie de l'action principale en nullité.

4° Enfin, en ce qui touche à la procédure proprement dite, la requête s'introduit par une demande adressée au magistrat alors que le référé nécessite une assignation. De plus, la requête est présentée au magistrat en l'absence de l'adversaire (lorsqu'il y en a un) et sans même qu'il ait été appelé, faute de quoi la mesure recherchée perdrait la majeure partie de son efficacité ; au contraire, l'ordonnance de référé est rendu en présence de l'adversaire. Ce dernier est cité et lorsqu'on a omis de le convoquer, il peut attaquer l'ordonnance par la voie de la tierce opposition. Enfin, si l'ordonnance de référé est un véritable jugement et si, à ce titre, elle doit contenir toutes les mentions qui se trouvent dans un jugement et notamment l'énoncé des motifs qui ont déterminé la décision du magistrat, il n'en est pas de même de l'ordonnance sur requête dont la nullité ne pourrait pas être prononcée par suite de l'absence de motifs.

La procédure de la requête et celle du référé sont donc bien distinctes l'une de l'autre et il n'est guère possible de les confondre, en dépit des apparences et l'on ne saurait pas davantage faire entrer les ordonnances sur requêtes dans la catégorie plus large des ordonnances de référé.

Mais comme le domaine de la requête est très limité, l'on peut se demander s'il n'y aurait pas lieu de l'étendre par une disposition législative ayant une portée générale et qui poserait un principe analogue à celui qui a été introduit par la loi

du 11 mars 1924. Nous ne le pensons pas pour plusieurs raisons. D'une part, la théorie des ordonnances sur requête est l'objet de nombreuses controverses et la plupart des questions qu'elle pose donne encore lieu à discussion. D'autre part elle ferait souvent double emploi avec la procédure du référé, car cette dernière qui a atteint, depuis son introduction, un développement considérable, permet de remédier à la plupart des situations urgentes, à propos desquelles on serait tenté de présenter une requête au magistrat. Il ne semble donc ni facile ni indispensable d'établir pour les ordonnances sur requêtes un principe général analogue à celui qui existe pour le référé.

Par contre l'introduction de cette dernière procédure, en matière commerciale, était réclamée avec juste raison par les justiciables des tribunaux consulaires. La faveur qu'elle a recueillie prouve abondamment qu'elle répondait à un véritable besoin. Déjà en 1925, M. le président Troullier constatait avec satisfaction ses effets bienfaisants. Hier encore, M. le Président Buisson (1) notait l'étendue de son succès :

« A un dixième environ d'augmentation des
« affaires nouvellement introduites correspond
« une augmentation des référés, mais la propor-
« tion en est plus accentuée : 2.006 au lieu de 1.597

(1) Trib. de Comm. de la Seine. Audience d'installation 28 janvier 1931. Discours de M. le Président Buisson. *Gaz. du Pal.*, 29 janvier 1931.

« en l'année 1929, soit en plus 409, c'est-à-dire un
« peu plus de 25 0/0.

« Il nous a été donné de constater chaque année
« le goût plus prononcé des plaideurs pour cette
« procédure rapide et peu coûteuse. Il serait inté-
« ressant, sans doute, de rechercher comment
« ceux-ci ont terminé entre eux leurs différends à
« la suite de la mesure qu'ils avaient sollicitée.
« Nous avons de bonnes raisons de croire qu'elle
« en favorise souvent la solution amiable, essence
« de notre juridiction. »

Vu : *Le Président*,
G. RIPERT.

Vu : *Le Doyen*,
H. BERTHELEMY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Recteur,
CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

I. — Ouvrages.

CAMBERLIN. — *Manuel pratique des tribunaux de commerce* (Paris 1903).

MERIGNHAC et BONNET. — *Le référé commercial* (Paris 1926).

MERIGNHAC et MIQUEL. — *Traité des ordonnances sur requêtes et des référés*, 2 volumes (Toulouse, 1923).

II. — Articles de revues.

P. B. — Pouvoirs de juridiction par voie d'ordonnance des présidents de tribunaux consulaires. *Revue pratique de législation et de jurisprudence du tribunal de commerce de la Seine*, 1927.

COSTES. — La protection des droits des tiers spécialement devant le juge des référés. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1924.

JAPIOT. — Chronique de jurisprudence en matière de procédure civile. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1924 et 1929.

III. — Notes.

BOURCART. — D. 1930. 1. 243.

CAZALENS. — D. P. 75. 2. 137.

CHÉRON. — D. 1927. 2. 5 et 97.

GLASSON. — D. P. 87. 2. 17.

H. B. — J. S. 1926, p. 167.

HENRY. — D. 1928. 1. 151.

LELOIR. — D. P. 1917. 2. 113.

MATTER. — D. P. 1922. 1. 185.

ROUSSEAU. — S. 1924. 2. 49.

THALLER. — D. P. 96. 2. 401.

WAHL. — S. 1917. 2. 25.

NOTE ANONYME. — D. P. 75. 2. 151.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE. — <i>Les ordonnances sur requêtes.</i>	
<i>Chapitre premier.</i> — Principes généraux	11
§ I. — Nature des ordonnances.	12
§ II. — Voies de recours.	16
§ III. — Procédure	25
§ IV. — Domaine.	28
<i>Chapitre II.</i> — Permission d'assigner à bref délai .	33
<i>Chapitre III.</i> — Autorisation d'exercer une saisie conservatoire	40
§ I. — Quel est le juge compétent ?	41
§ II. — Conditions d'exercice de la saisie. . .	46
§ III. — Biens qui peuvent être saisis	49
§ IV. — Limite des pouvoirs du président . .	51
<i>Chapitre IV.</i> — Ordre de payer une lettre de change perdue ou volée	58
§ A. — Prescriptions légales.	58
§ B. — Domaine d'application des articles 151 et 152	62
§ C. — Effets de l'autorisation présidentielle . .	66
§ D. — Effets de la non-observation des formali- tés des articles 151 et 152.	67
<i>Chapitre V.</i> — Nomination de commissaires dans une société anonyme	70
§ A. — La compétence du président est-elle obli- gatoire ?	71
§ B. — Pouvoirs du président	74

	Pages
§ C. — Quelle portée faut-il attribuer à la clause suivant laquelle le président statue, le conseil d'administration dûment appelé ?	75
<i>Chapitre VI. — Nominations et autorisations de l'article 106 du Code de commerce</i>	<i>79</i>
§ A. — Nomination d'un expert	80
§ B. — Autorisation de déposer les objets transportés	83
§ C. — Autorisation de vendre	85
<i>Chapitre VII. — Autorisation de convoquer l'assemblée des porteurs de parts de fondateur. . . .</i>	<i>87</i>
§ I. — Qualité en vertu de laquelle le président est appelé à statuer	88
§ II. — Rôle qui lui est dévolu.	91
<i>Chapitre VIII. — Autres interventions du président.</i>	<i>94</i>
§ A. — Article 93 du Code de commerce	94
§ B. — Désignation d'un arbitre	95
§ C. — Dépôt dans un magasin public des marchandises non réclamées à l'arrivée du navire.	95
§ D. — Ordre de réassigner.	96
 DEUXIÈME PARTIE. — <i>Le référé commercial.</i>	
<i>Chapitre premier. — Préliminaires.</i>	<i>97</i>
<i>Chapitre II. — Caractères du référé commercial</i>	<i>105</i>
§ I. — L'urgence.	106
§ II. — Matière commerciale	118
§ III. — Préjudice au principal.	132
<i>Chapitre III. — Exercice du référé.</i>	<i>143</i>
§ I. — Quel est le juge compétent ?	143
§ II. — Qui peut se pourvoir en référé ?	147
§ III. — Procédure du référé	149
§ IV. — Ordonnance de référé	155
<i>Chapitre IV. — Voies de recours</i>	<i>160</i>
§ I. — L'opposition	160
§ II. — La tierce opposition.	162

TABLE DES MATIÈRES

183

	Pages
§ III. — L'appel	168
§ IV. — Le pourvoi en cassation	169
§ V. — La requête civile	170
CONCLUSION.	173

IMPRIMERIE BARNÉOUD. — LAVAL (FRANCE).
